

ESSAI
SUR
LA NOTION JURIDIQUE
DE
SIMULATION

CONTRIBUTION A L'ÉTUDE DES ACTES INDIRECTS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 8 décembre 1936, à 14 heures.

PAR

J. ROUSSEAU

Diplômé H. E. C.

Président : M. G. RIPERT, professeur

Suffragants { *MM. MAURICE PICARD, professeur.*
J. HAMEL, professeur.

PARIS
LIBRAIRIE DALLOZ

11, RUE SOUFFLOT. 11

1937



Digitized by the Internet Archive
in 2026

ESSAI SUR LA NOTION JURIDIQUE

DE

SIMULATION

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

ESSAI
SUR
LA NOTION JURIDIQUE
DE
SIMULATION

CONTRIBUTION A L'ÉTUDE DES ACTES INDIRECTS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 8 décembre 1936, à 14 heures.

PAR

J. ROUSSEAU

Diplômé H. E. C.

Président : M. G. RIPERT, professeur
Suffragants { *MM. MAURICE PICARD, professeur.*
 { *J. HAMEL, professeur.*

PARIS
LIBRAIRIE DALLOZ

11, RUE SOUFFLOT. 11

1937



ESSAI SUR LA NOTION JURIDIQUE DE SIMULATION

CONTRIBUTION A L'ÉTUDE DES ACTES INDIRECTS

INTRODUCTION

1. — « La liberté dans l'art a pour point de départ la servitude. Les individus comme les peuples doivent débiter dans l'art par l'application rigoureuse, servile de la règle. »

C'est à la vérification de cette observation appliquée à l'art juridique par Ihéring¹, que se ramène cet essai limité volontairement à quelques problèmes de jurisprudence française. On ne trouvera donc pas ici une théorie générale de la simulation. Après les travaux qui lui ont été consacrés², une nouvelle étude aurait pu paraître inutile ou fastidieuse. Nous avons estimé plus urgent de revenir sur la notion même de simulation. En même temps que celle-ci était l'objet des préoccupations du législateur moderne, la jurisprudence avait tendance à sanctionner par les principes connus de la simulation certains contrats nouveaux dont l'interprétation pose un délicat problème de qualification dont nous nous proposons d'étudier quelques aspects.

A la notion d'acte simulé la doctrine oppose celle d'acte fiduciaire ou indirect. Ce dernier qui différerait du précédent dans ses éléments psychologiques, puisqu'il correspondrait exactement à la volonté des parties s'en séparerait encore dans ses éléments matériels. Dans la détermination par exemple des parties à une

1. Esprit du Droit Romain, IV. « Formation technique du droit ancien », p. 8.

2. Parmi les travaux que nous avons utilisés nous devons faire une place à part à l'ouvrage du professeur Ferrara : « Della simulazione dei negozi giuridici. » Le mouvement de doctrine qu'a suscité cet ouvrage nous a inspiré un essai de rapprochement entre conceptions juridiques qui, pour les droits français et italien tout spécialement, ont fréquemment des sources communes.

Nous nous sommes fait une règle de signaler par des références qui renvoient à la 5^e édition de cet ouvrage (Rome, 1922), les points sur lesquels nous avons cru pouvoir lui emprunter certains développements. Étant donné toutefois le caractère limité de cet essai, comme d'autre part, il ne nous a pas toujours été possible de connaître la pensée de l'auteur sur les problèmes propres au droit français, il était de notre devoir d'indiquer ici l'origine de nos recherches afin que le lecteur puisse suppléer de lui-même à l'absence de références sur d'autres points.

convention et en vue de l'application éventuelle des règles prohibitives de l'interposition de personnes, ou des règles de capacité, l'examen de la jurisprudence révèle certaines hésitations qu'on attribue à une double conception possible de l'interposition de personnes. Ainsi limitée dans son objet, un double intérêt, d'ordre à la fois pratique et scientifique, s'attache à cette étude.

2. — On sait que la loi du 27 février 1912 annule les contre-lettres ayant pour but de dissimuler partie du prix de cession des offices ministériels (art. 6), de fonds de commerce ou de ventes d'immeubles (art. 7). En étendant cette sanction civile aux cessions de bail (art. 36), la loi du 13 juillet 1925 a d'autre part voulu atteindre la simulation en général. Les parties contractantes sont solidairement redevables d'un double droit en sus « lorsqu'il est amiablement reconnu ou judiciairement établi que le véritable caractère des stipulations d'un contrat a été dissimulé sous l'apparence de stipulations donnant ouverture à des droits moins élevés » (art. 44).

Ces problèmes de droit fiscal qui font l'objet d'études particulières soulignent déjà l'intérêt qui s'attache à la notion de simulation.

Mais surtout, et c'est à ce point de vue que nous nous placerons le plus souvent, on sait que la jurisprudence interprétant l'article 1321 a organisé une répression originale de la simulation. Les tiers ont en effet un droit d'option qui leur permet suivant leur intérêt de s'en tenir tout d'abord à l'acte ostensible auquel ils ont fait foi. L'article 1321 en disant que la contre-lettre n'a pas d'effet contre les tiers indique formellement cette dérogation à la règle « *nemo plus juris ad alium transfere potest quam ipse habet* ». Mais en outre ce même texte est interprété comme permettant aux tiers « contre » lesquels la contre-lettre ne peut avoir aucun effet, de l'invoquer en leur faveur pour rétablir la situation juridique qui correspond à la volonté réelle des simulateurs. Alors qu'en principe la contre-lettre qui est l'acte effectivement voulu ne devrait, conformément au principe de l'effet relatif des contrats, n'avoir d'effet qu'entre les parties contractantes, celles-ci se trouvent sacrifiées aux tiers dont elles croyaient faire leurs victimes.

En frappant les simulateurs, ainsi qu'on l'a dit, d'une « sorte de peine ¹ » la jurisprudence assure le triomphe de la bonne foi sur le mensonge. Mais il importe de souligner le caractère exorbitant de cette mesure. Le tiers de bonne foi se trouve par là protégé contre

1. Nullité étendue aux contre-lettres en matière de vente de navires par l'art. 28 de la loi du 23 mars 1924. Mais en cette matière, la sanction est devenue sans portée car les mutations de navires (Loi du 10 août 1929, art. 3) ou de bateaux (Loi du 31 mars 1931, art. 11) ne sont plus assujetties qu'au seul droit fixe de 22, 50 francs (art. 327, n° 45, C. enregist.).

2. Planiol, Ripert, Esmein, VI, n° 337.

un préjudice qu'il subirait si la situation réelle s'imposait à lui. L'exception de simulation par son caractère préventif tend à le prémunir contre un dommage futur. Mais surtout la simulation nous paraît bien être la seule hypothèse où l'on rencontre un pareil droit d'option. Après avoir prononcé la nullité de l'acte, la loi se contente généralement de réserver l'exercice de l'action à la personne protégée. C'est au contraire, à notre connaissance du moins, un exemple unique où les individus protégés peuvent à leur gré invoquer la nullité d'un acte ou la validité d'un autre.

3. — Aussi bien cette solution exceptionnelle ne peut-elle s'expliquer que par la notion même de simulation.

Celle-ci suppose la juxtaposition de deux actes et ceci explique que l'article 1321 C. c. ait été interprété comme conférant un droit d'option aux tiers qu'il fallait protéger. Encore faut-il pour leur reconnaître ce droit, que l'acte prétendu ostensible ne corresponde pas à la volonté des parties qui alors en principe s'imposerait à eux aussi bien qu'aux parties. Cette analyse psychologique est toujours délicate. Pour éviter que l'une des parties ne se soustrait trop aisément à ses obligations, on exige d'elle la production d'un écrit qui établisse la simulation de la convention. L'instrumentum qui concrétise cette volonté établira le caractère fictif de l'acte ou la simulation de certains de ses éléments. Soit que l'acte réel ait été conclu par l'intermédiaire d'un prête-nom, soit encore que l'objet, le plus souvent le prix, ou la cause en aient été dissimulés, il y aura dans ces différentes hypothèses simulation relative ou acte déguisé.

Or, qu'il s'agisse de rechercher l'intention des parties ou d'analyser les éléments matériels de leur convention, l'examen attentif de la jurisprudence nous a paru conduire en certains cas à des solutions qui auraient été évitées par une stricte application de la notion d'acte simulé. Il nous paraît utile d'en rappeler les données essentielles en indiquant ici le point de départ de nos recherches.

4. — La simulation dans les actes juridiques est un vice originnaire qui en affecte la formation ou la perfection. Elle se distingue par là, du mutus dissensus, qui modifie un acte sérieux antérieurement conclu ¹. Un rapide examen historique ne peut que confirmer l'exactitude de cette notion.

1. Cf. Bartin. « Des contre-lettres », *Th. Paris*, 1885, pp. 86 à 101, 138 et s. Lerebourgs-Pigeonnière. « Du prête-nom mandataire ou gérant d'affaires », *Th. Caen*, 1898, n° 79 et s.

La doctrine italienne insiste sur le caractère « déclaratif » de la contre-lettre en critiquant la définition courante qui présente celle-ci comme « annulant » ou « modifiant » l'acte ostensible. Cf. Ferrara. « Della simulazione dei negozi giuridici », 5^e édition. Rome, 1922, p. 43 et s. Pestalozza. « Appunti in tema di simulazione relativa », *Riv. Dir. Com.*, 1917, 1, 737, s.

En France, la formule d'Aubry et Rau aux termes de laquelle : « ce qui caractérise la contre-lettre, c'est qu'elle a pour objet de constater, soit la simulation

Simulatæ nuptiæ nullius momenti sunt, nous dit Gaius (D. 23. 2. 30.) en parlant des mariages contractés en vue d'éviter l'incapacité de recevoir par succession, dont les lois caducaires Julia et Papia Poppæa frappaient les célibataires. Un texte de Paul nous paraît indiquer (D. 18. 1. 55.) que les jurisconsultes romains envisageaient l'acte simulé comme n'ayant jamais existé et non comme un acte annihilé après coup. *Nuda et imaginaria venditio pro non facta est et ideo nec alienatio ejus rei intelligitur*. Dans une formule plus générale Modestin (D. 44. 7. 54.) déclare : *Contractus imaginarii etiam in emptionibus juris vinculum non obtinent, quum fides facti simulatur non intercedente veritate*. La formule de Modestin « *contractus imaginarii* » paraît bien fournir une solution de portée générale. A cette époque (226, 244 p. J.-C.) la vente est certainement un contrat consensuel ainsi que le prouvent les expressions : « *Juris vinculum non obtinent.* » Ce lien de droit étant, d'après la définition célèbre des Institutes (Inst. 3. 13.), l'essence de l'obligation, la vente, qui fut sans doute le premier contrat à se dégager du formalisme, ne fait naître aucun lien de droit, n'est pas génératrice d'obligations, lorsqu'elle est simulée.

5. — Sans pouvoir suivre l'évolution historique de cette notion¹ le rapprochement des opinions de quelques auteurs de notre ancien droit nous montrera que celle-ci reste intangible.

Au xvi^e siècle, Caepolla étudiant les signes qui permettent d'identifier un contrat simulé pose au premier rang des présomptions qu'il va étudier en détail : Le défaut de volonté. *Et prima præsumptio est quando lex præsumit contrahentes, non habuerunt animum emendi vel vendendi, id est, quando tempore venditionis vel ante fuit dictum vel tractatum id non esset venditio sed pignus*².

Au xvii^e siècle, d'Argentré étudiant les droits dus au seigneur au cas de mutation, écrit : *Quid de contractibus nullis dicimus adem et simulatio intelligi volumus, tali quidem simulatione qua nullus contractus geritur ab pactibus, quæ contrahentes non intendunt et simulant*³. Plus loin, au titre des « Appropriances », il

totale ou partielle de l'acte..., soit des clauses ou conditions qui ne sont pas exprimées dans cet acte » (XII, § 756 *bis*, texte et note 2 *ter*) nous paraît conforme à cette opinion. Cf. également Demogue, 1, n° 160. Tissier n. S. 1898, I, 225. De Loyne n. D. P., 1897. 1, 505. En droit fiscal le caractère « déclaratif » de la contre-lettre est également reçu. Pilon, « Principes et technique des droits d'enregistrement », I, n° 677.

1. V. surtout Ferrara, *op. cit.*, p. 118 à 146.

2. *Tractuum celeberrimorum in utroque, tum pontificii tum caesarei juris*. t. VII. De contractibus et aliis illicitis, n° 35.

3. *Commentarii patrias Britonum leges*. Paris, 1621, 3^e éd., art. 19, commentaire 4, § 16.

consacre de longs développements aux contrats simulés, à leurs divers aspects et à leurs effets ¹.

Sur l'acte fictif, sa pensée ressort clairement de ce passage : *sed et simulati tum quoque contractus sit aut subest, ut imaginariæ venditiones in quibus cum vera partium intentio non sit ullo modo contrahere removetur consensus ab actu... tales sunt contractus proprie simulati, id est, qui colorem habent* ² *substantiam vero nullam, cum scilicet nulla conventio irritur sed fingitur, nec ulla obligatio contrahitur* ³.

Retenons encore la définition suivante de Denisart : « Les actes simulés sont ceux dans lesquels les parties qui les passent tiennent un langage différent de ce qu'elles font ou de ce qu'elles ont l'intention de faire... on pense assez universellement que les contrats simulés sont nuls parce que la feinte n'est pas une réalité ⁴. »

A la même époque Ferrière écrivait : « Il y a une très grande différence entre la contre-lettre et la déclaration au profit d'un tiers. La contre-lettre détruit entièrement le contrat ou l'acte, et fait connaître qu'il n'est pas sérieux, mais la déclaration au profit d'un tiers ne détruit pas l'acte sur lequel elle est faite ⁵... »

Et ailleurs ⁶ «... la simulation soit dans le consentement des parties pour tous contrats... forme un vice absolu qui anéantit l'engagement, qui fait qu'il n'y en a point... »

6. — Les rédacteurs du Code civil par contre sont moins nets lorsque, par une méthode qui a été critiquée, ils règlent les effets de la convention au chapitre relatif à la preuve des obligations. Bigot-Preameneu déclarait que : « l'intention coupable de tromper » les tiers « par un acte qui est en apparence sérieux » devait faire maintenir « le droit naturel des contractants et celui des tierces personnes... en déclarant que les contre-lettres n'ont d'effet qu'entre les parties et ne peuvent être opposées aux tierces personnes ⁷ ». L'idée de contre-lettre semble liée à celle de fraude. C'est là une opinion commune à beaucoup d'auteurs de notre ancien droit ⁸. Jaubert proposait également de distinguer entre le matériel et le moral de l'acte ⁹.

Les tribunaux auraient pu consacrer les principes nouvellement

1. *Op. cit.*, article 269, note « L », n° 5.

2. Le droit américain a conservé le terme de « colored contract » au contrat déguisé. *Restatement of the law of contract*, § 536. *Comment.*

3. V. encore d'Argentré. « Traité des lois », *in op. cit.*, § 18.

4. Denisart. Collection des décisions nouvelles, éd. 1771, V° « Simulation ».

5 et 6. Ferrière. *Dictionnaire de droit et de pratique*, éd. 1779, v° contre-lettres et actes authentiques.

7. Locré, XIII, p. 292.

8. Le passage précité de d'Argentré se trouve sous l'article 269, observations « L » où il étudie les effets de la fraude.

9. Locré, XIII, p. 380.

introduits ¹ en s'appuyant sur les données de l'histoire. La divergence intentionnelle entre la volonté réelle et la volonté exprimée, et l'intention de tromper, qui constituent l'élément moral ou psychologique de l'acte simulé, permettaient une discrimination qui cependant n'a pas toujours été faite.

7. — Étudiant la formation technique du droit Ihering formulait, dans les termes que nous avons reproduits au début de ces pages, la loi dite d'économie des formes, qui représente en quelque sorte l'aspect négatif de cette évolution ².

Le côté positif de celle-ci serait représenté par le développement de la richesse, qui faisant apparaître de nouveaux besoins a donné naissance à de nouveaux contrats. L'évolution de la théorie des obligations et des contrats apparaîtrait ainsi dominée par deux forces antagonistes. D'un côté des nécessités nouvelles qui tendent à déborder du cadre des contrats nommés, de l'autre une force d'inertie qui répond au besoin de sécurité des sociétés en progrès.

M. G. Ripert soulignait en ces termes le double aspect de cette évolution que l'on « n'aperçoit pas toujours aussi facilement, justement parce que la technique masque quelquefois le fond du droit et qu'on applique les mêmes procédés juridiques pour avoir tout de même des règles nouvelles ³ ».

Pour satisfaire aux nécessités actuelles et éviter toute surprise, les contractants adoptent des formes juridiques déjà connues. « Loi d'économie logique » disait encore Ihering ⁴, contrats sui generis ou contrats inommés dit-on fréquemment. La jurisprudence les considère assez souvent comme des conventions simulées. Nous verrons qu'elle n'a pu néanmoins développer les conséquences logiques qu'impliquerait cette notion. Il manque en effet à ces contrats, l'un des éléments essentiels de l'acte simulé, la divergence entre la volonté réelle et la volonté exprimée. Le problème de qualification est ici primordial car à une analyse psychologique différente doivent correspondre d'importantes conséquences pratiques. Si après avoir reconnu que la convention est sérieuse on aborde l'examen de ses différents éléments il n'est pas sûr que les règles légales puissent intervenir dans les mêmes conditions. C'est ainsi que les règles de capacité (art. 911 1099, 1100, 1596 C. c. 711 C. de proc. c.) ne seront pas applicables à la même personne suivant qu'elle est intervenue réellement à la convention ou qu'elle s'est interposée pour dissimuler la qualité réelle de l'un des deux

1. Le Code civil a clos la discussion sur l'inopposabilité des contre-lettres rédigées par acte authentique ou sous seing privé. L'article 1319 du Code civil italien par contre, a maintenu la distinction.

2. Adde, *op. cit.*, § 66, p. 235.

3. G. Ripert. « Les limites de la liberté contractuelle ». Cours de Doctorat 1929, 1930, éd. « Les cours de droit », p. 4.

4. *Op. et loc. cit.*

contractants ¹. On est alors conduit à comparer le rôle de chacun de ces interposés. Un rapprochement identique peut être fait à propos de chacun des éléments constitutifs de la convention puisque dans certains cas l'objet est frappé d'une nullité d'ordre public s'il est dissimulé (Loi du 27 février 1912) et que l'obligation ne peut produire aucun effet si la cause en est fausse (art. 1131 C. c.)

Aussi certains auteurs contestent-ils le caractère simulé de ces formes nouvelles et s'appuient généralement sur l'histoire ².

8. — Ne constitueraient pas des actes simulés ceux dont l'adoption est imposée par la loi. Il ne s'agit pas dans cette catégorie des effets légaux d'une manifestation de volonté, mais bien d'une forme imposée *lege* à cette manifestation même. Aussi ne doit-on pas s'étonner de rencontrer ces actes dans les législations peu évoluées. Non seulement les formes juridiques y sont en petit nombre mais chacune ne produit que des effets de droit strictement déterminés. De nouveaux besoins surgissent, pour les satisfaire les individus qui n'ont à leur disposition qu'un petit nombre de moules juridiques vont utiliser des formes anciennes.

C'est à Rome que l'on rencontre les exemples les plus caractéristiques de ces actes auxquels on propose de réserver la qualification d'actes apparents ³ ou symboliques ⁴, pour les distinguer des actes fiduciaires, qui seraient la forme contemporaine d'actes les uns et les autres sérieux.

Telle serait la fonction de la *mancipatio* romaine. Originellement procédé de transfert des *res Mancipi* son application fut étendue à des opérations les plus diverses. Par *coemptio fiduciæ causa*, les femmes peuvent écarter la charge de leurs sacra (*interimendorum sacrorum causa*), changer de tuteur (*tutelæ evitandæ causa*) faire un testament (*testamenti faciendi gratia*). La mancipation sert également à réaliser une émancipation ou une adoption. En dehors du droit des personnes la *fiducia cum creditore* et la *fiducia cum amico* suppléent à l'insuffisance de la loi, alors que le gage était inconnu et que le *dominium ex jure quiritium* ne pouvait être transféré sous condition résolutoire ⁵.

La même déviation imprimée à un procédé légal se retrouve dans l'*in jure cessio*. Vendeur et acquéreur se rendent devant le magistrat et là l'acquéreur prononce la formule de la revendication, l'aliénateur acquiesce, *in jure cedit*, le magistrat en donne acte.

1. Cf. Planiol et Ripert. Traité élémentaire de droit civil, III, 11^e éd., n° 3020.

2. Ferrara, *op. cit.*, p. 56 et s. et plus récemment, L. Cariota Ferrara. « Negozi fiduziari », Padova, 1933, Cedam, éd.

3. L. Cariota Ferrara, p. 137 et suiv.

4. Ascarelli. « Il negozio indiretto e le società commerciali », n. 5. p. 33, n° 2 in *Studi in onore de C. Vivante*, vol. I, p. 23 et suiv.

5. V. Jacquelin. « De la fiducia », *Th. Paris*, 1891, notamment, pp. 254 et 354.

Dans l'ancien droit nous retrouvons un exemple analogue d'adaptation dans la procédure de la vente par décret volontaire¹.

Le trait commun à ces procédés, on le voit aussitôt, est de constituer des expédients. L'aliénateur se dépouille de la propriété alors par exemple, qu'il voudrait seulement conférer une sûreté à l'acquéreur. Les parties recourent à la forme judiciaire pour réaliser un transfert de propriété.

L'emploi de ces procédés s'impose aux particuliers en raison même de l'indigence des formes légales à leur disposition. Il est vrai que l'effet de droit « ne continue à se produire qu'autant que le sujet le veut, mais tout est réglé de façon que le sujet doive vouloir² ».

Ces actes constituent-ils des actes simulés ? L'affirmative a été soutenue car alors « on peut dire que la simulation devient légale, c'est-à-dire est imposée par la loi ou autorisée par la jurisprudence », on arrive ainsi à de « véritables fictions c'est-à-dire à des simulations légales³ ». Cette thèse soutenue également par Ihering sur le plan historique seulement⁴ a été réfutée sur le même plan par Ferrara⁵.

Sans entrer dans cette controverse il nous suffit de constater que Ihering lui-même établissait en ces termes la distinction qui s'imposait au point de vue juridique : « L'acte simulé est uniquement l'œuvre des parties, il épuise son efficacité en tant qu'aucun obstacle légal ne s'y oppose dans un cas unique. L'acte apparent au contraire était une création du commerce juridique ou de la jurisprudence, c'était une forme pratique reçue⁶. » Si l'on admet que la simulation n'existe pas pour qui la connaît⁷ il en est ainsi de l'acte apparent car « nul n'ignore sa signification, l'autorité elle-même y prête la main en parfaite connaissance de cause ».

Comment dire, dès l'instant que les parties ne peuvent adopter un autre acte, que celui-ci ne correspond pas à leur volonté. L'acte symbolique est un acte sérieux parce que les parties ignorent tout autre procédé. S'il y a bien dans l'emploi de ces actes une simulation au point de vue matériel, on ne peut dire qu'il y ait simulation juridique. Nous avons vu que celle-ci affecte la naissance de l'obligation. Or dans un système formaliste l'obligation ne naît pas de la volonté, mais de l'accomplissement des formalités requises. « Le débiteur

1. V. Brissaud. *Manuel Histoire du Droit*, II, p. 577, Cf., d'autres exemples dans l'institution du *Salman* et du *Treuhand* germanique. *Ibid.*, pp. 495, 655.

2. Ihering, IV, § 68.

3. P. Glasson. « Théorie de la simulation », *Th. Paris*, 1897, pp. 3, 14.

4. « Historiquement il se peut que souvent l'acte apparent n'ait été que le dernier reste d'un acte simulé érigé en règle par la coutume et toléré à la longue par le juge », *op. cit.*, III, p. 221.

5. Ferrara qualifie de « non sens » la notion de simulation légale, *op. cit.*, pp. 81-82.

6. Ihering, *op. cit.*, IV, p. 273.

7. Planiol, Ripert et Esmein, VI, n° 338, p. 466.

dit P.-F. Girard¹, est obligé... à raison de sa réponse régulière à l'interrogatoire du créancier. Il ne l'est pas sans elle. Il l'est par elle. » L'insertion expresse d'une condition dans la formule de la mancipation rendrait l'acte nul². Toute divergence, dont le droit puisse tenir compte, entre la volonté réelle et extériorisée est impossible, car un système formaliste tient pour vrai les « verba » de la déclaration et y attache des effets de droit.

Peut-être M. Glasson a-t-il senti cette différence lorsqu'il constate que « lorsque le droit romain se fut dégagé de l'ancien formalisme... la simulation devint aussi pour les particuliers le moyen de cacher une opération juridique sous l'apparence d'un acte formel bien qu'on n'y fût pas obligé par la loi³ ». C'est donc que dans la prétendue simulation légale on ne cachait rien. Tel est bien notre avis. Ihering a d'ailleurs montré que ce sont des raisons purement techniques et non une pensée de déguisement qui expliquent que le *pactum fiduciæ* ne fut pas inclus dans la formule de la mancipatio⁴.

9. — Les auteurs reconnaissent que les actes apparents ne présentent qu'un moment de l'histoire d'une catégorie plus vaste d'actes adaptés : les actes fiduciaires. Aussi retrouve-t-on de nos jours cette dernière forme dans les législations modernes, où subsiste un certain formalisme⁵. Dans les législations dominées par le principe de la liberté des formes et la liberté contractuelle, l'admissibilité des actes fiduciaires a été contestée. Ceux-ci exigeraient l'emploi d'actes abstraits alors que dans ces législations les contrats nommés sont des actes concrets auxquels le législateur a assigné un but déterminé, une cause spécifique⁶. Toutefois l'emploi de ces actes concrets en vue d'obtenir certains résultats que n'implique pas la fonction typique de l'acte adopté constituerait une technique d'élaboration juridique à laquelle on propose de réserver le nom d'acte indirect.

10. — Celui-ci trouve d'ailleurs un fondement dans notre droit

1. *Op. cit.*, p. 464.

2. Girard, *op. cit.*, p. 295.

3. *Op. cit.*, p. 9.

4. *Op. cit.*, III, p. 223, texte et note 244.

5. Ascarelli, art. précité, p. 30, n. 4 citant Holdsworth « *History of english law*, II, p. 221. Pour le droit anglais, cf. les exemples rapportés par Ferrara, p. 59, n. 3 (mort-gage), p. 60, n. 2 (Trust). Adde Lepaulle : *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Paris, 1932, spécialement, p. 14, s. 53, s. 355, 363, 382.

6. L. Cariota Ferrara, *op. cit. passim*, mais spécialement p. 131 et s. Comp. Al. Graziani : « Negozi indiretti e negozi fiduciari », *Riv. Dir. Com.*, 1933, I, 414 et en dernier lieu : C. Grassetti : *Del negozio fiduciario e delle sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, *Riv. Dir. Com.*, 1936, I, 345, article extrait d'un ouvrage du même auteur : « Il negozio fiduciario » à paraître dans la collection des études de droit privé dirigée par le professeur Mario Rotondi.

positif car d'assez nombreux textes du Code civil en particulier y font allusion. Ce sont surtout les libéralités qui paraissent avoir retenu l'attention du législateur.

Il nous suffira de rappeler ici que l'article 843 édictant l'une des règles de fond les plus importantes des libéralités soumet expressément au rapport les donations indirectes. L'intangibilité de la réserve successorale et l'égalité entre les cohéritiers inspire également les articles 853 et 854, 1595 et 1840. L'article 1973 dispense expressément de la forme authentique la rente viagère stipulée au profit d'un tiers. Nous verrons qu'en cette hypothèse il y a libéralité indirecte. Quant à la règle inscrite aux articles 1496 et 1527, aux termes de laquelle les avantages matrimoniaux ne sont pas considérés comme des libéralités, sauf en présence d'enfants du premier lit, d'éminents auteurs déclarent qu'il en est ainsi à titre « d'avantages indirects ¹ ».

Enfin malgré les controverses auxquelles a donné lieu l'interprétation de ce texte, l'article 1099 pris à la lettre ne paraît pas soumettre au même régime les donations entre époux, déguisées ou indirectes, lorsqu'elles excèdent la quotité disponible.

De même que les textes précités soumettent les libéralités indirectes aux règles de fond des actes à titre gratuit citons encore en dehors de cette matière, l'article 888 C. c. dont l'alinéa 1 stipule que : « L'action en rescision est admise contre tout acte qui a pour objet de faire cesser l'indivision entre cohéritiers encore qu'il fût qualifié de vente, d'échange et de transaction ou de toute autre manière. » Jurisprudence et doctrine décident que l'égalité étant l'âme des partages l'action en rescision est en principe recevable contre tout acte ayant mis fin à l'indivision ², alors même qu'il ne s'agirait pas d'un partage déguisé c'est-à-dire que la réalité des actes de partage indirect ne serait pas contestable.

11. — En présence de ces textes il paraît difficile de refuser aux parties le droit de recourir aux actes indirects.

Le principe de la liberté contractuelle (art. 1134 C. c.) permet aux contractants de créer des formes de contrats qui n'ont pas été prévus par la loi. Cette possibilité a trouvé son écho dans l'article 1107, alinéa 1, C. c. « Les contrats, soit qu'ils aient une dénomination, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales qui sont l'objet du présent titre. »

Cette création de types nouveaux se fait très rarement à l'aide d'éléments hétérogènes. Ils constitueraient le type auquel devrait être réservé l'expression de contrats *sui generis* ³.

1. Aubry et Rau, XI, § 690, p. 157.

2. Cf. parmi les arrêts récents : Req. 25 juin 1935, D. H. 1935, 474. V. Planiol, Ripert, Maury et Vialleton, IV, n° 692. Sur le contrôle de la qualification. Civ. Cass. 10 décembre 1913, D. P. 1917, 1, 172.

3. La Lumia. « Contratti misti et inomati », *Riv. Dir. Com.*, 1912, 1, 719.

Le plus souvent les éléments en sont empruntés à des contrats préexistants. La jurisprudence les qualifie assez souvent « actes mixtes » lorsque une même opération résulte de la combinaison de principes relevant les uns des actes à titre gratuit et les autres des actes à titre onéreux ¹.

En d'autres hypothèses l'expression de contrats inommés est utilisée en doctrine ².

12. — Actes mixtes ou inommés constituent, croyons-nous, les espèces diverses du genre indirect.

Une étude de quelques-unes de ces espèces d'après la jurisprudence française nous a paru intéressante, car celle-ci qualifie également « d'actes simulés », certaines opérations qui sont issues, nous semble-t-il, des forces antagonistes, qu'à la suite de Ihering, la doctrine moderne nous a révélées.

Deux ordres de considérations nous incitent à l'entreprendre. Il n'existe pas à notre connaissance dans la littérature juridique française de monographie d'ensemble sur cette forme technique de l'acte indirect ³. La notion de donation indirecte, il est vrai, est reçue et étudiée par la doctrine moderne ⁴. Toutefois l'esprit de libéralité n'est pas le seul qui ait sollicité l'habileté des individus en vue de l'adaptation de formes juridiques connues à la réalisation de leur but. Le commerce juridique étant avant tout intéressé il nous faudra préciser les éléments de certains actes indirects à but lucratif. En second lieu une comparaison entre les actes indirects et les actes simulés est dans notre pensée destinée à faire ressortir par l'étude de ses divers éléments l'autonomie de la notion juridique de simulation.

La méthode que nous choisissons nous dicte le plan à suivre pour cette étude. Avec le tribun Jaubert dont nous rappelions les paroles nous distinguerons le « moral et le « matériel » et aborderons la comparaison de l'acte simulé et de l'acte indirect, par l'élément psychologique.

Un premier chapitre sera consacré à la divergence intentionnelle,

1. Req. 12 novembre 1867. Thomas c/Miquelord, D. P. 1869, 2, 237. Douai, 14 mars 1882, D. P. 1882, 2, 237 et sur pourvoi, Req., 26 février 1883. Gauthier Demergny, D. P. 1883, 1, 453.

2. Planiol. « Classification synthétique des contrats », *Rev. Crit.*, 1904, p. 485. Demogue, note S, 1908, I, 83 et « Traité des obligations en général », II, n° 917.

3. Parmi les journées d'études qui constitueront la « Semaine internationale de Droit » qui se tiendra à Paris du 19 au 24 juillet 1937 à l'occasion de l'Exposition internationale de Paris, l'Association des Juristes de langue française consacra la journée du 23 juillet à l'étude de « La Fiducie dans ses applications modernes ».

4. G. Ripert. « Etude critique de la notion de libéralité », Cours de doctorat, 1930-1931, éd. « Les Cours de droit ».

que nos anciens auteurs considéraient comme caractéristique de l'acte simulé.

L'intention de tromper qui fera l'objet du chapitre second nous permettra de rechercher dans quelle mesure les actes simulés et indirects se rejoignent sur le terrain de la fraude.

Poursuivant notre comparaison dans une deuxième partie consacrée à l'élément matériel il nous faudra, après avoir recherché si la simulation est nécessairement conventionnelle, étudier quelles sont les parties à cette convention. Ce sera l'objet du chapitre II relatif à l'interposition de personnes.

Il nous restera alors dans un chapitre III et dernier à étudier l'objet et la cause de cette convention en raisonnant à titre d'exemple sur le problème des effets dits de complaisance.

La notion de simulation étant ainsi précisée, la fonction de l'acte indirect nous apparaîtra identique à celle qui lui a été reconnue au cours de l'histoire. Ces manifestations contemporaines que nous avons choisies à dessein parmi bien d'autres ont entre elles un lien commun qui répond à la fonction historique de l'acte indirect. Celui-ci tend à suppléer à l'insuffisance législative. En dehors de la matière des libéralités, l'acte indirect réalise fréquemment un contrat de garantie sur des points que le législateur n'avait pas ou n'avait qu'insuffisamment réglementés. C'est ce qu'après avoir affirmé il nous faut maintenant démontrer.

PREMIÈRE PARTIE

L'ÉLÉMENT PSYCHOLOGIQUE DE L'ACTE SIMULE

CHAPITRE PREMIER

DIVERGENCE INTENTIONNELLE

DONATIONS DÉGUISÉES ET INDIRECTES

13. — De tous temps l'acte gratuit a été vu avec défaveur par le législateur. Sous l'influence de l'idée de conservation des biens dans les familles, l'acte par lequel une personne se dépouille sans recevoir de contre-partie, a été astreint à une réglementation des plus strictes. Aussi ne doit-on pas s'étonner que les dissimulations les plus fréquentes et les plus connues abritent une libéralité.

Nous ne voulons retenir ici, entre autres particularités, que la nécessité de la forme solennelle à laquelle l'article 931 C. c., astreint le contrat de donation. La nécessité de l'acte authentique inspirée à la fois par l'idée de protection du donateur, mais aussi et par contre-coup par celle de protection des héritiers et des créanciers, est aujourd'hui considérée comme « illogique et inefficace ¹ ». Appréciation qui semble pleinement justifiée si l'on considère les faits comme le reflet de l'opinion puisqu'il ne se fait plus que très rarement de donations en la forme authentique.

Pour éluder une règle considérée comme gênante les parties ont depuis longtemps recouru à des procédés divers, et à l'époque moderne où les préoccupations d'ordre fiscal semblent dominantes, on a justement signalé les « répercussions » de ces dernières sur les principes du droit civil ².

C'est en partant des principes consacrés en jurisprudence et admis en doctrine sur la notion de donation déguisée³ que nous voudrions dégager l'élément essentiel de toute simulation.

L'expression de donation déguisée a un sens bien défini qu'il

1. Planiol, Ripert et Trasbot. V. n° 342.

2. Armilhon. « Des répercussions civiles des innovations fiscales ». *Th. Paris*, 1923.

3. Parmi la littérature abondante sur ce sujet, cf. en dernier lieu, M^{lle} Dalgny. « Étude de jurisprudence sur les donations déguisées ». *Th. Paris*, 1927.

importe de rappeler car le déguisement n'est pas le seul moyen de dissimuler une donation. L'interposition de personnes, par laquelle l'acte est ouvertement passé avec une personne qui n'en est pas le bénéficiaire réel, en est un autre. La simulation ne porte pas alors comme le déguisement, sur la nature du contrat mais sur les parties. Les deux procédés se trouvent parfois combinés. L'interposition de personnes soulève des difficultés spéciales que nous réservons.

Il y a déguisement lorsque sous le voile d'un acte à titre onéreux, les parties dissimulent volontairement un acte à titre gratuit. Qu'il y ait dans cette hypothèse un cas de simulation c'est ce dont personne ne doute. Nous voulons dès lors relever les caractères de ce déguisement pour préciser la notion juridique de simulation. Nous ferons bien entendu abstraction des autres conditions exigées par la jurisprudence pour que la libéralité soit efficace et reçoive exécution. Nous n'avons à faire état ici que des seuls éléments constitutifs qui permettent de qualifier de « simulé » l'acte ostensible et déguisé ou dissimulé l'acte réellement voulu par les parties.

14. — Pour que la donation soit qualifiée de « déguisée » avec exactitude et produise éventuellement ses effets, il faut en premier lieu que l'acte ostensible ne soit onéreux qu'en apparence seulement, ou que le mensonge soit « intégral »¹. Pour prendre une espèce simple, qui est aussi la plus fréquente, nous supposons le déguisement réalisé à l'aide d'un contrat de vente. Le vendeur donnera quittance à l'acte, du prix versé par l'acheteur donataire sans cependant l'avoir touché.

C'est là un examen essentiel qui s'impose au juge du fait ainsi que l'a décidé récemment la Chambre civile de la Cour de Cassation². Le principe avait antérieurement été affirmé à propos d'une donation déguisée par une reconnaissance de dette. Le 7 février 1898, la Chambre Civile de la Cour de Cassation a cassé un arrêt de la Cour d'appel de Paris, qui avait validé en tant que donation déguisée le billet portant reconnaissance d'une dette de 13.000 francs mais libellé « valeur pour solde en dot »³.

Indépendamment de l'intérêt que présente cet arrêt quant aux conditions de validité des donations déguisées nous y relevons l'affirmation du principe que le caractère onéreux de l'acte simulé ne doit être que purement apparent. En l'espèce l'apparence était

1. Josserand. *Les mobiles dans les actes juridiques*, n° 197.

2. Civ. Cass., 4 avril 1933, D. H. 1933, 315, Enreg. c/ Denis Fromont : « Attendu que les époux Denis Fromont, mis en présence de l'ensemble des présomptions de faits réunies par l'Administration, avaient la charge d'en détruire la portée..., que le tribunal néglige ainsi l'examen d'éléments essentiels qui lui auraient permis d'apprécier exactement l'opération litigieuse... »

3. D. P. 1908, 1, 68. Vve Haes c/Gouin.

détruite car il y avait contradiction à libeller une reconnaissance de dette « valeur pour solde en dot.

La constitution de dot étant, tout au moins dans les rapports de constituant à donataire, un acte à titre gratuit ne saurait s'accommoder d'un lien d'obligation puisque le caractère d'obligation juridique est, à notre sens, incompatible avec celui de libéralité. Au surplus le caractère obligatoire détruit le second élément généralement reconnu à l'acte simulé.

15. — En s'engageant à payer un prix qu'il sait ne jamais devoir lui être réclamé, le donataire est d'accord avec le donateur. L'acte ostensible n'a jamais été sérieux. En donnant quittance d'un prix qu'il n'a pas reçu ou qu'il rendra immédiatement, le donateur ne fait qu'exécuter un plan préétabli. Il n'y a là aucune modification à un acte primitivement sérieux. Dès l'origine la vente a été convenue fictive. Ainsi qu'on l'a signalé, c'est dans l'ordre inverse à celui généralement indiqué que se réalise la conclusion de l'acte simulé, donateur et donataire s'entendent d'abord sur l'opération qu'ils veulent réellement conclure. Assisté de son conseil, le donateur se renseigne sur les conséquences futures de l'acte réel, et ce n'est que lorsque tout est définitivement réglé que l'opération sera recouverte du voile de l'acte à titre onéreux. C'est ce que nous avons appelé caractère originaire de la simulation ¹. Si au contraire, la vente était réalisée et le prix restitué après un certain temps, il n'y aurait plus donation déguisée, mais deux actes sérieux et indépendants, une vente et un don manuel.

Ce caractère conventionnel de l'acte fictif est nettement marqué dans certaines décisions de la Cour Suprême ².

16. — Mais à côté de ces conventions la jurisprudence a eu à connaître d'opérations dans lesquelles manquaient l'un ou l'autre de ces deux caractères essentiels de la donation déguisée. La doctrine les distingue aujourd'hui sous le qualificatif de donation « indirecte ». Nous lui emprunterons en vue de nos développements ultérieurs les caractères auxquels on doit reconnaître l'acte indirect.

Dans la donation déguisée l'acte apparent n'a aucune réalité juridique si ce n'est son existence matérielle car ce n'est pas lui qui réalise la donation. Sa seule raison d'être est de permettre, à l'abri de la façade qu'il dresse aux regards indiscrets, la réalisation d'une opération efficace. La donation déguisée est une donation directe mais secrète.

1. Nous n'avons pas cru devoir aborder le problème plus général de la distinction de l'acte modificatif et de la contre-lettre. Aux autorités précitées (Introduction, n° 4, note 1), qui y ont consacré des développements spéciaux et dont nous avons accepté la démonstration; adde : Demolombe XXIX, n° 222, qui affirme la nécessité d'une « simultanéité intellectuelle » sinon matérielle entre les deux conventions. Larombière. *Obligations* IV, art. 1321, n° 13 et 14.

2. V. les motifs de Req., 1^{er} juin 1932, D. P. 1932, 1, 362.

Toute autre est la physionomie de la donation ou libéralité indirecte. La doctrine moderne admet que la donation indirecte ne comporte aucune simulation. M. G. Ripert, à son cours¹, recherchant une définition de la donation indirecte proposait de réserver cette qualification à « celle qui résulte d'un acte juridique quelconque, à la condition que cet acte juridique soit un acte réel... par lui-même l'acte conserve son utilité pratique, mais il produit en quelque sorte une utilité supplémentaire. Il réalise une donation ». La simulation d'un acte, si l'on en excepte le principe de la validité des donations déguisées², ne fait pas généralement produire à l'acte voulu d'autres effets que s'il avait été ouvertement conclu³. C'est cet effet supplémentaire d'un acte intrinséquement valable et sérieux que les rédacteurs du Code civil ont envisagé pour le soumettre aux règles de fond des libéralités, lorsqu'il procure un avantage gratuit, soit à une personne restée étrangère au rapport de droit antérieur existant entre les parties, soit à l'une des parties elles-mêmes.

La libéralité est indirecte, et l'expression est prise ici dans son sens courant, lorsqu'elle ne parvient au bénéficiaire que par l'intermédiaire d'une autre personne. Telle est notamment l'hypothèse prévue par l'article 1773 C. c.. La théorie de la stipulation pour autrui et la pratique de l'assurance sur la vie ont donné un très grand développement à cette première forme, qui n'est d'ailleurs pas la seule, où la libéralité se réalise par l'intermédiaire d'un tiers.

À côté de celle-ci, où le caractère indirect de l'acte est aisément perceptible, la doctrine propose encore de qualifier de la sorte la libéralité réalisée, suivant l'heureuse expression de M. Trasbot, au moyen d'un acte « neutre » c'est à dire qui n'indique pas par lui-même, s'il est onéreux ou gratuit⁴.

Un contrat onéreux peut encore procurer un avantage gratuit à l'une des parties sans qu'il y ait aucune simulation. Mais alors que les rédacteurs du Code civil avaient prévu l'hypothèse, la jurisprudence se refuse à reconnaître le caractère indirect de la libéralité. Cette confusion, peut-être volontaire, est grave car elle

1. G. Ripert. *Etude critique de la notion de donation*, cours précité, p. 133., adde. Planiol, Ripert et Trasbot. V, n° 410 s. Ch Beudant, Lerebourg-Pigeonnière et Voirin VI, n° 228, « l'acte d'où elle (la donation indirecte) résulte est sincère, elle se présente avec le caractère qu'elle aréellement. Seulement, sans que ce soit son effet principal et direct, elle réalise un avantage gratuit pour l'une des parties à l'acte ou pour un tiers ».

2. Principe qui par lui-même constitue une dérogation des plus importantes à la règle que si la simulation n'est pas par elle-même une cause de nullité, elle ne peut davantage valider un acte nul. Notre étude ne portant pas sur les effets généraux de la simulation, il ne nous a pas paru nécessaire d'entrer dans la discussion de ce principe.

3. V. cependant au cas de défaut d'autorisation de l'acceptation. Trasbot. *Op. cit.*, p. 436, n° 412.

4. Planiol, Ripert et Trasbot. *Op. cit.*, n° 412.

permet aux tribunaux d'en prononcer la nullité totale lorsque la libéralité est adressée à un incapable (art. 911) ou faite entre époux (art 1099).

Sans vouloir examiner toutes les hypothèses ni prétendre résoudre toutes les difficultés auxquelles peuvent donner lieu les libéralités indirectes, nous voudrions examiner dans chacune des catégories ci-dessus l'élaboration de l'acte indirect.

A. — DONATIONS RÉALISÉES PAR INTERMÉDIAIRE

17. — *Stipulation pour autrui*. — L'article 1121 du Code civil, prévoit deux hypothèses de stipulation pour autrui ; l'une, est celle où faisant une donation à une personne on stipule du donataire une prestation au profit d'une autre personne. C'est l'hypothèse de la donation avec charge ou donation *sub modo*. La jurisprudence décide que la donation avec charge est un cas de stipulation pour autrui ¹.

L'adjonction d'une charge à un contrat de donation réalise une libéralité. Une première, directe celle-là, au donataire grevé de charge, une seconde indirecte ² au bénéficiaire de la charge.

Toutefois ces hypothèses simples ne se retrouvent pas toujours en pratique, la charge peut absorber le montant de la libéralité. On discute alors pour savoir si la convention ne perd pas, par cela même, son caractère de libéralité, et quel est le rôle du promettant grevé de charge. Est-ce un donataire, un mandataire, ou un simple prête-nom ? La distinction n'est pas toujours facile. Il nous suffira de noter ici, puisque nous devons revenir longuement sur la distinction de l'interposition de personnes et de la charge, que cette stipulation pour autrui réalise une donation indirecte au profit du bénéficiaire.

Dans une seconde hypothèse prévue par l'article 1121, la stipulation pour autrui peut être adjointe à un acte à titre onéreux. Un exemple remarquable de cette théorie est fourni par le contrat d'assurance sur la vie. La loi du 13 juillet 1930, a consacré la possibilité de réaliser une libéralité au profit d'un tiers par le moyen d'un contrat qui est à titre onéreux dans les rapports de l'assuré et de l'assureur, en décidant dans son article 68, alinéa 2 que le montant des primes ne serait pas soumis au rapport ni à la réduction à moins qu'elles ne soient « manifestement exagérées » eu égard aux facultés de l'assuré. La dispense de rapport s'explique par cette idée que les primes, dont le bénéficiaire de l'assurance est donataire sont généralement prélevées sur les revenus de l'assuré et constituent des donations de « fruits et revenus »

1. Civ. Rej., 16 novembre 1909, S. 1911, 1, 249.

2. Planiol, Ripert et Trasbot. V. n° 329.

exemptes de rapport par application de l'article 856 C. c.¹.

La stipulation pour autrui intervient encore dans l'hypothèse prévue par l'article 1973 C. c. La constitution d'une rente viagère peut avoir lieu à titre onéreux ou gratuit. Dans ce dernier cas le Code la soumet expressément aux conditions de forme des donations (art. 1969) et aux conditions de fond : réductibilité au cas de dépassement de la quotité disponible (art. 1970), nullité au cas où elle est constituée au profit d'un incapable de recevoir (art. 1970). L'article 1973 prévoit par contre l'hypothèse d'une constitution de rente viagère à titre onéreux. Il en est ainsi par exemple lorsque dans une vente d'immeuble le prix payable sous forme de rente viagère est stipulé payable à un tiers. Il y a là entre parties un acte onéreux — la vente — qui réalise une libéralité au profit du tiers bénéficiaire par le mécanisme de la stipulation pour autrui, puisque « telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ». Néanmoins l'article 1973 décide que cette constitution, « bien qu'elle ait les caractères d'une libéralité, elle n'est point assujettie aux formes requises par les donations ; sauf les cas de réduction et de nullité énoncés dans l'article 1970 ».

Ce texte contient en raccourci toute la théorie des donations indirectes. Il les exempte expressément des conditions de forme, et fait néanmoins application des conditions de fond², en les soumettant expressément à l'action en réduction et en exigeant la capacité de donner et de recevoir du constituant et du tiers bénéficiaire. Il y a bien donation puisque par hypothèse le bénéficiaire qui « déclare vouloir en profiter » n'a rien fourni. Il y a bien donation indirecte puisqu'en exécutant son obligation entre les mains du tiers bénéficiaire qui est étranger à la constitution de rente, le promettant ne « donne » pas mais « paie ». Le tiers est en effet, en vertu de la théorie bien connue du droit direct, non pas donataire mais créancier du solvens. Pour apercevoir la donation il faut faire abstraction des opérations intermédiaires et n'envisager que les rapports du stipulant et du tiers.

De l'analyse des exemples précédents en donations indirectes, la loi et la jurisprudence déduisent d'importantes conséquences. Non seulement, contrairement à l'article 906 C. c. et à la jurisprudence antérieure³, l'article 63, alinéa 2 de la loi du 13 juillet 1930, autorise par le mécanisme de l'assurance la libéralité indirecte au profit des enfants nés ou à naître, mais encore l'acceptation du donataire est ici dispensée de la forme solennelle⁴. Elle peut en outre intervenir après la mort ou l'incapacité du stipulant⁵.

1. En ce sens Trasbot. *Commentaire de la loi du 13 juillet 1930*. D. P. 1931, 4, 36.

2. Req., 19 février 1935, D. H. 1935, 178 (Institut Coué C/D^{ue} Villeneuve).

3. Civ., 24 février 1902, D. P. 1903, 1, 433, n. Dupuich.

4. Req., 2 avril 1912, D. P. 1912, 1, 524. Civ., 26 mars 1884, D. P. 1884, 1, 275.

5. Civ., 8 février 1888, D. P. 1888, 1, 193, art. 64 et 67, *in fine* — loi 13 juillet 1930.

Cette dernière solution en particulier étant inadmissible au cas de donation déguisée.

18. — *Paiement pour autrui*. — Le bénéficiaire de la donation n'est plus un tiers accipiens lorsqu'étant antérieurement dans les liens d'obligation avec son débiteur, il reçoit son paiement d'un tiers intervenant. C'est l'hypothèse du paiement pour autrui.

Toute personne, même non intéressée, peut payer la dette d'autrui. Le créancier ne peut refuser de recevoir le paiement à moins qu'il ne s'agisse d'une obligation ou l'intuitus personæ soit prépondérant. L'article 1236 C. c. interdit seulement au solvens d'exiger du créancier la subrogation à ses droits.

Le paiement n'est donc pas par lui-même un acte qui suppose nécessairement la qualité d'obligé chez celui qui l'accomplit. A ce titre il peut servir à réaliser une donation indirecte. Pour cela toutefois, il faut comme toujours l'*animus donandi* chez le tiers solvens.

Celui-ci au lieu d'agir spontanément peut payer en exécution d'un mandat du débiteur, son recours sera alors assuré par les actions du mandataire ordinaire. En l'absence de tout mandat, il a pu vouloir gérer les affaires du débiteur, son recours ici encore sera assuré par l'action de gestion d'affaires ¹ et en l'absence des conditions nécessaires à cette action par celle plus large d'enrichissement sans cause. Dans tous ces cas, le tiers solvens ne s'appauvrissant pas et ayant la possibilité de poursuivre son indemnisation, ne fait pas acte de libéralité.

Au contraire, cette intention libérale se manifestera par l'abandon de tout recours, ce qui se produit généralement entre proches parents où un membre de la famille paie les dettes de l'autre sans esprit de recours. Il y a alors libéralité indirecte ² puisque nous retrouvons, d'une part l'intention libérale, d'autre part l'élément matériel réalisé par l'intermédiaire d'un tiers non intéressé ³.

19. — *Achat sous le nom d'autrui*. — Au lieu d'éteindre la dette d'autrui, le donateur peut faire entrer un bien dans le patrimoine du donataire en l'acquérant au nom de ce dernier. Il n'y a là aucune simulation puisqu'au contraire l'acquéreur fait connaître le nom du bénéficiaire.

Ce procédé, très fréquent dans les acquisitions de titres, est peu employé pour les choses corporelles. Le donateur préfère, en géné-

1. Civ., 12 février 1929, D. H. 1929, 180.

2. Nancy, 11 janvier 1933. *Rec. de l'Est*, 1933, 75. Cass. Belge, 6 mai 1853, Pas., 1853, 1, 336.

3. Bien qu'intéressé à titre de garant, le tiers peut encore réaliser une libéralité indirecte au moyen par exemple, d'un cautionnement. Civ., 12 août 1872, D. P. 1873, 1, 15, qui admet d'une façon trop absolue que le cautionnement a nécessairement la même nature que la dette principale. Ce qui est partiellement contredit par les articles 2035, 2037 et 2038 C. c.

ral, remettre la somme nécessaire au donataire. C'est alors celui-ci qui intervient personnellement à l'acte. Il n'y a dans ce cas ni donation indirecte, ni donation déguisée mais un don manuel de la somme nécessaire à l'acquisition.

C'est sur ce terrain que s'est placée la Cour de Cassation, dans une espèce où les termes de l'arrêt se ressentent d'une terminologie qui n'était pas encore fixée avec rigueur à l'époque où il fut rendu ¹. Il ne ressort pas des circonstances rapportées par la Cour d'appel que le donateur fût intervenu en personne dans l'achat de l'immeuble litigieux, circonstance nécessaire pour qu'il y ait achat au nom d'autrui. Il semble au contraire que ce fût la donataire seule qui y fût partie, « on la voit, dit la Cour de Poitiers, acheter en 1850 et 1851... payer comptant... et construire... » La seule question était dès lors celle de la validité du don manuel. Solution affirmative consacrée par l'arrêt. Pour les titres de Bourse au contraire, le donateur intervient fréquemment dans leur achat. C'est une phase de l'importante question des donations par actes neutres.

B. — DONATIONS INCLUSES DANS UN ACTE NEUTRE

20. — Nous savons déjà que cette expression vise certains actes tels que la renonciation à un droit, dont le législateur n'ayant pas réservé l'emploi à titre spécifiquement onéreux, n'interdit pas l'emploi à titre gratuit. Lorsque les parties y recourent on ne peut donc *a priori* parler de déguisement.

Certains de ces procédés indirects ayant fait l'objet d'études plus complètes ² que nous ne pourrions le faire ici, nous nous cantonnerons aux actes de transport de créances et en particulier au transfert des titres nominatifs, car la jurisprudence n'offre pas à notre connaissance d'exemple de libéralité réalisée par voie de cession de créance.

Quant au procédé de l'endossement, la réforme introduite dans l'article 137 du Code de commerce par la loi du 8 février 1922, en autorisant l'endossement par simple signature, a transformé les titres à ordre ainsi endossés en titres au porteur. La tradition du titre pourrait constituer un don manuel qui resterait d'ailleurs soumis aux conditions de fond des libéralités. On sait que la loi du 13 juillet 1930 prohibant les polices d'assurances sur la vie au porteur, l'article 61, alinéa 1, interdit comme il était dès lors naturel, l'endossement par simple signature (art. 61, al. 2). Ce dernier texte spécifie que l'endossement doit « à peine de nullité être daté,

1. Civ. Rej., 13 décembre 1859, D. P. 1859, 1, 503.

2. V. M^{lle} Mallet, « La renonciation à succession », *Thèse Paris*, 1931. Sibiciano. « Théorie générale des renonciations en droit civil français », *Th. Paris*, 1932.

3. Aubry et Rau, X, § 659, p. 582, n° 22. Planiol, Ripert et Trépoët. V. n° 385.

indiquer le nom du bénéficiaire de l'endossement et être signé de l'endosseur ». L'endosseur n'est d'ailleurs pas tenu d'indiquer la cause du transfert. Dans une des rares hypothèses dont ait eu à connaître la Cour de cassation l'endossement d'une police à ordre était libellé sous forme de reconnaissance de dette, les bénéficiaires n'ayant pas rapporté la preuve de l'existence de cette dette, l'administration de l'Enregistrement fut autorisée à percevoir le droit de mutation des actes à titre gratuit ¹.

21. — Par contre les parties ne mentent pas et il n'y a plus aucune apparence onéreuse à détruire au cas de transfert de titres nominatifs. Le transfert, pris ici *stricto sensu*, est l'opération par laquelle le débiteur sur l'ordre du créancier s'engage à reconnaître pour nouveau créancier la personne que lui désigne le créancier primitif.

Cet engagement résulte matériellement de l'inscription du nom du nouveau créancier aux lieu et place de l'ancien sur les registres du débiteur (Grand Livre de la Dette Publique, pour l'État emprunteur ; Registre des Transferts, pour les Sociétés privées).

Si, aux termes de l'article 36 du Code de commerce, « la cession s'opère par une déclaration de transfert inscrite sur les registres et signée de celui qui fait le transfert, ou d'un fondé de pouvoir » c'est là une formalité destinée seulement à rendre l'opération opposable aux tiers. Entre parties doctrine et jurisprudence décident unanimement que la propriété est transmise par le seul effet de la convention ².

L'inscription, qui atteste le transport dans les rapports du nouveau titulaire et des tiers, n'est par elle-même ni gratuite ni onéreuse. Il faudra pour être renseigné sur ce caractère remonter à la convention antérieure. Aussi ne peut-on, sans idée préconçue qualifier de déguisée la mutation à titre gratuit puisqu'elle s'est réalisée antérieurement et indépendamment de l'inscription. L'ordre de transfert résultant d'une déclaration unilatérale du cédant et celui-ci n'ayant pas à indiquer au débiteur la cause de son ordre, on ne peut parler de dissimulation mais d'acte indirect ³.

1. Req., 27 décembre 1911. G. T., 26 mai 1912. Ep. Belin c/Enregistrement. Comp. pour l'endossement d'une lettre de change. U. Scandiani note sous Cass. Firenze, 4 juin 1908, Riv. Dir. Com., 1909, 2, 262 et Ascoli note sous Cass. Napoli, 10 février 1905, Riv. Dir. Com., 1905, 2, 337.

2. Planiol, Ripert et Radouant. VII, n° 1135. Texte et note 3. Req., 20 mai 1889, D. P. 1890, I, 250, 24 avril 1907, D. P. 1907, I, 307. Par contre le transfert serait nécessaire même entre parties pour les rentes sur l'État. V. les arrêts et la critique de l'interprétation de cette législation spéciale, notamment de l'art. 6 du décret-loi des 24 août, 13 septembre 1793, par M. Tissier dans ses notes au S. 1892, 2, 129 et S. 1911, 1, 489.

3. En ce sens Planiol, Ripert et Trasbot. V. n° 416. Colin et Capitant. III, 7^e éd., n° 1028, Paris, 25 mars 1891, S. 1892, 2, 129, Paris, 13 mars 1906 sous Req., 11 décembre 1907, S. 1911, 1, 137. *Contra* : Beudant. *Op. cit.*, VI, p. 298. Civ., 18 octobre 1909, S. 1911, 1, 489, n. Tissier. Req., 11 décembre 1907 précité.

Ce caractère ne change pas une fois prouvée la cause gratuite de la convention, puisque cela ne modifie en rien le caractère « neutre » de l'inscription. Mais surtout on ne peut parler de donation déguisée puisqu'ainsi que nous l'avons vu, celle-ci résulte d'une convention. La donation pour être déguisée n'en est pas moins un contrat qui exige le concours des volontés. Or si la simulation exige la simultanéité entre l'acte ostensible et l'acte réellement voulu, il ne peut y avoir donation, ni par suite donation déguisée, lorsque le donataire n'a concouru ni à l'acte ostensible ni surtout à l'acte prétendu dissimulé. C'est ce que nous confirmera l'examen de la jurisprudence. Encore qu'elle emploie fréquemment l'expression de donation déguisée, elle ne nous paraît pas appliquer les principes de la simulation qu'évoque pour nous cette expression.

Deux questions, l'une relative à l'existence de la convention libérale, l'autre à la preuve de cette convention, doivent être distinguées.

22. — La jurisprudence n'a, en réalité, jamais mis en doute la nécessité de cette convention. A défaut d'entente il n'y a de la part du donateur qu'une sollicitation, volonté unilatérale qui peut peut-être entraîner certains effets de droit, qui en tout cas ne peut constituer le contrat de donation. Il n'y a, ainsi que le déclarait le Conseil d'État le 8 juin 1883, qu'un « projet de donation » qui, avant toute acceptation pourra être révoqué et donner lieu à une nouvelle disposition ¹. Dans ces conditions il nous paraît inutile de rechercher s'il s'agit d'une donation indirecte ou déguisée. A moins d'admettre la donation par acte unilatéral, nous sommes en dehors de toute disposition entre vifs tant indirecte que déguisée.

Tel est le cas lorsque le bénéficiaire a complètement ignoré le transfert opéré à son nom ². Ce sont surtout les difficultés de preuve de cette convention et notamment la force probante à reconnaître à l'inscription sur le registre des transferts, qui ont fait l'objet d'une évolution remarquable de la jurisprudence.

23. — Il ne sera pas inutile de rappeler au préalable quelques règles générales en matière de preuves des conventions pour montrer les solutions qu'aurait commandées ici la notion de simulation.

De droit commun les parties et leurs ayants cause ne peuvent rapporter la preuve de leurs conventions que par écrit (art. 1341). Exceptionnellement la preuve testimoniale est recevable s'il existe un commencement de preuve [par écrit (art. 1347) ou dans

1. D. P. 1885, 3, 17.

2. V. les espèces suivantes où l'ignorance du bénéficiaire est évidente. Paris, 25 mars 1891, S. 1892, 2, 129, n. Tissier. Paris, 13 mars 1906, S. 1911, 1, 137, n. Naquet.

les différentes hypothèses énumérées à l'article 1348. La preuve par présomptions est admissible au cas de dol ou de fraude (art. 1353).

Dans les espèces qui nous intéressent dès lors qu'un litige s'élève sur le caractère onéreux ou gratuit d'un transfert les parties au procès seront généralement des héritiers du donateur. Ayants cause à titre universel, ils doivent au point de vue de la preuve être assimilés à leur auteur, et par suite être soumis sous les mêmes exceptions ¹ à l'obligation de la preuve littérale.

Ces règles sont-elles modifiées par la simulation ? En aucune façon. Rappelons seulement que la jurisprudence reconnaît ² aux héritiers, qui en leur qualité d'ayants cause universels devraient être réduits aux mêmes modes de preuve que les parties, un droit propre à établir, et cela par tous moyens ; que la simulation avait pour but de porter atteinte à leurs droits d'héritiers réservataires. D'autre part l'article 1321 du C. c. défend aux parties d'opposer aux tiers la simulation de leurs conventions.

Ces principes rappelés, voyons comment ils ont été appliqués par la jurisprudence en matière de transfert à titre gratuit. Dans toutes les espèces ce sont toujours ayants cause universels qui demandaient à faire la preuve du déguisement.

24. — Un premier arrêt de la Cour de Paris en date du 16 juin 1842 ³ ayant décidé que « s'il est vrai que l'immatriculation d'une rente sur l'État... saisit celui au profit de qui elle est faite de la propriété de ladite inscription il n'en résulte pas nécessairement que cette saisine ait eue lieu à titre onéreux... que la question de propriété et celle de savoir à quel titre elle a été transmise, sont deux questions distinctes : que si le transfert ou immatriculation décide l'une il ne décide pas l'autre, que décider... que par cela seul qu'il y a transfert il y a donation valable... ce serait donner les moyens d'éluder les dispositions les plus importantes de la loi... ». La Cour retient « qu'il n'est justifié en l'espèce d'aucune circonstance qui puisse faire présumer cette acceptation ». Cette décision fut cassée par la Chambre civile de la Cour de cassation ⁴ et l'affaire renvoyée devant la Cour d'Orléans qui, adoptant la doctrine de la Cour suprême déclara que si la « cession n'a pas besoin de la solennité d'un acte notarié, l'acceptation expresse de cette cession n'est pas plus nécessaire et résulte suffisamment pour le titulaire de l'inscription même de son nom sur le Grand Livre, opérée par le ministère de l'agent de change qui, aux termes de la législation sur la

1. Civ., 18 octobre 1909, D. P. 1910, 1, 462, a soin de noter que « ni le vol ni la fraude ne sont allégués ».

2. Civ. Cass., 11 avril 1927, D. P. 1929, 1, 25.

3. D. P. 1842, 2, 115.

4. Civ. Cass., 24 juillet 1844, D. P. 1844, 1, 321.

matière, est réputé le mandataire légal du nouveau créancier ¹ ».

Cette jurisprudence vivement critiquée à l'époque, attribue au transfert un rôle excessif qui est la négation d'idées « élémentaires et incontestables ² ». Comment le transfert aura-t-il « la vertu magique de créer un contrat qui n'a jamais existé » et qu'est-ce que cette « prétendue acceptation par un mandataire dont le mandant ignore l'existence ³ » ?

25. — Fidèle à elle-même la Cour de Paris, quelques années plus tard, exige que la signature soit apposée par la donataire sur l'inscription pour faire la preuve « que la donation qui était ainsi faite à son profit, a été par elle acceptée ⁴ ». Les décisions de la même Cour se suivent et leur doctrine ne varie pas. S'en prenant tout spécialement à la doctrine de la Cour Suprême, le premier en date de ces arrêts déclare que « l'immatriculation d'un titre au nom de la mineure J... n'établit point qu'il y ait eu de la part de la mineure ou de son tuteur acceptation ni même connaissance de cette libéralité ; qu'en effet l'immatriculation d'un titre de rente peut toujours être faite sur l'ordre d'un tiers, sans l'agrément, même à l'insu du bénéficiaire ⁵ ». Ce qui implique que le nouveau titulaire, acheteur ou donataire, peut être tenu de justifier de son droit de propriété acquis au moyen d'un contrat régulier ⁶.

La divergence de point de vue était donc profonde entre l'opinion de la Cour Suprême exprimée en 1844 et celle de la Cour d'appel de Paris, lorsque se produisit un revirement dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Sans abandonner absolument sa position antérieure, celle-ci adopta une théorie intermédiaire qui, tout en reconnaissant la valeur probante de l'immatriculation admet cependant les tiers intéressés à prouver, dans les formes du droit commun l'absence de convention translatrice de propriété.

26. — Un arrêt de la Cour de Paris en date du 22 avril 1904, se ralliant à la jurisprudence de la Cour Suprême, avait décidé que le cessionnaire, par les voies de l'article 1690 C. c., d'actions nominatives, ayant cause d'un précédent donataire qui les avait lui-même acquises à la suite d'un transfert non accepté, avait « légitimement pensé que le transfert absolument régulier constituait, à lui seul... la preuve écrite et complète du dessaisissement » du dona-

1. Orléans, 9 juillet 1845, D. P. 1846, 2, 31.

2. Tissier. Note S. 1892, 2, 129.

3. Laurent. *Principes de droit civil*, XII, n° 314.

4. Paris, 9 mars 1860, D. P. 1860, 5, 123.

5. Paris, 25 mars 1891, S. 1892, 2, 129. n. Tissier.

6. Paris, 13 mars 1906. Sous Req., 11 décembre 1907, S. 1911, 1, 137, n. Naquet. retenant que « la fraude à la réserve n'est pas douteuse » admet les héritiers à détruire par simple présomption, la force probante de l'inscription, ce qu'ils firent en démontrant le défaut d'acceptation du donataire en temps utile.

teur. Le 18 octobre 1909¹ la Chambre civile cassa cet arrêt en déclarant que les héritiers du disposant pouvaient opposer au cessionnaire le défaut de droit de son auteur. La Chambre civile dont la décision avait été préparée par un arrêt du Conseil d'État en date du 8 juin 1883² tout en décidant encore que : « Le transfert est une preuve écrite et complète du dessaisissement » admet cependant que cette « preuve peut, même vis-à-vis des tiers être détruite par la preuve contraire », soit qu'on allègue le dol ou la fraude, ce qui n'était pas le cas, soit à l'aide d'un commencement de preuve par écrit, ce que la Cour de Paris n'avait pas examiné.

Bien que la Cour Suprême déclare « déguisée » la donation prétendument dissimulée il est facile de démontrer que l'expression ne répond pas en l'espèce aux règles de preuve dont il est fait application.

27. — On aura remarqué qu'aucune fraude n'étant alléguée et le débat s'élevant entre héritiers du donateur et un ayant cause à titre particulier du donataire, la décision de la Chambre civile paraît, contrairement aux termes formels de l'article 1321 C. c., déclarer la simulation opposable au tiers étranger à cette donation déguisée.

Nous le penserions s'il s'agissait réellement de simulation. En pareille hypothèse le défaut de droit du propriétaire apparent provient de la convention des parties. Lorsqu'il aliène le bien à un tiers, l'article 1321 vient apporter un tempérament d'équité à la règle : *nemo plus juris...* en interdisant aux simulateurs d'opposer au tiers acquéreur de bonne foi le défaut de droit de son auteur.

Rien de semblable ne se présentait dans l'affaire Morizot. Le défaut de droit du donataire cédant provient ici du défaut de convention qui l'ait rendu propriétaire des biens litigieux. La situation est exactement contraire à celle qui se produit au cas de simulation. Le donataire n'est pas propriétaire parce qu'il n'a pas accepté antérieurement au décès du donateur³. L'opération unilatérale est une pollicitation ou, ainsi que le dit la Cour de Paris, « une intention de libéralité ». Nous serions tentés de dire un projet de dissimulation ou une simulation manquée⁴.

On peut approuver la solution consacrée en fait par la Cour de cassation car la cession de créance laisse subsister contre le cessionnaire les exceptions qui seraient opposables à son auteur et

1. Morizot. D. P. 1910, 1, 462. S. 1911, 1, 489. n. Tissier.

2. D. P. 1885, 3, 17. S. 1885, 3, 31.

3. Sur la possibilité d'accepter le transfert postérieurement au décès du disposant. Cf. Naquet, n. S. 1911, 1, 137. L'analyse du transfert en une stipulation pour autrui qui permettrait cette acceptation posthume est d'ailleurs controversée et ne ferait au surplus que confirmer le caractère indirect de la libéralité.

4. Cf. Ferrara. *Riv. Dir. Com.*, 1908, 1, 554, s. à propos d'une question différente.

parmi celles-ci le défaut de qualité. Mais il nous a paru nécessaire de souligner que la jurisprudence ne suivait pas les principes que paraissait commander la notion de simulation inexactement maintenue en cette matière.

C. — NEGOTIUM MIXTUM CUM DONATIONE ¹

28. — Nous avons vu la jurisprudence adopter une interprétation généralement libérale de l'acte indirect lorsque la libéralité est réalisée par un intermédiaire ou incluse dans un acte neutre.

C'est une position différente que nous allons le plus souvent rencontrer lorsque la libéralité est incluse dans un acte à titre onéreux. Considérant désormais que la donation est déguisée, la jurisprudence en déduit des conséquences rigoureuses soit que l'acte dit ostensible ne lui paraisse pas réunir les conditions de validité d'un acte à titre onéreux, soit que la libéralité prétendue déguisée ne réponde pas aux conditions de fond des actes à titre gratuit.

Comme dans les hypothèses précédentes, les principes directeurs nous paraissent avoir été posés cependant par les rédacteurs du Code civil. Le texte essentiel est ici parfaitement clair. L'article 853 C. c. soumet au rapport « l'avantage indirect » qui résulte, au moment où elles ont été conclues, des conventions à titre onéreux passées entre le défunt et l'héritier. Ce texte nous paraît indiquer que les rédacteurs du Code civil considéraient comme indirect et non pas déguisé l'avantage résultant pour l'une des parties de l'inégalité des prestations échangées entre les contractants. L'article 854 faisant de la disposition précédente une application particulière au contrat de société (argument du mot « Paraillement » par lequel il débute), déclare non rapportables ces mêmes avantages résultant « d'associations ² faites sans fraude entre le défunt et l'un de ses héritiers lorsque les conditions ont été réglées par un acte authentique ». La préoccupation du législateur de 1804 d'harmoniser les règles relatives à l'acte indirect avec celles régissant les transmissions à titre gratuit, ressort également de l'article 1840 C. c. qui déclare nulle la société universelle conclue entre personnes incapables de donner ou de recevoir l'une de l'autre ³.

Il n'est pas sûr dès lors que la jurisprudence interprète correctement les dispositions des articles 1099 et 911 du C. c. en sanctionnant indifféremment par la nullité totale les libéralités déguisées ou indirectes faites entre époux ou adressées à un incapable.

1. Nous empruntons l'expression à Ferrara : *Simul.*, p. 195.

2. L'expression doit s'entendre des « sociétés » qui, seules, poursuivent la réalisation d'un gain d'où peut résulter l'avantage indirect.

3. Fenet, XIV, p. 407.

La notion de simulation prend ici toute sa valeur ¹ car la nullité totale ne paraît justifiée qu'au cas de fraude qui n'existe pas de *plano* et en toute hypothèse. Après avoir examiné quelques-unes des principales conventions à titre onéreux réalisant une libéralité indirecte, nous verrons que la jurisprudence a été amenée à reconnaître l'indépendance des notions de fraude et de simulation. La nullité des libéralités indirectes faites sans fraude apparaît désormais comme une pénalité excessive.

29. — 1° *Le contrat de société*. — Le contrat de société peut servir de masque à un contrat de donation, l'acte ne sert alors que de façade. La société est dite simulée parce que l'intention des parties n'a jamais été de se traiter en coassociés. Sous ce voile l'acte voulu est une donation qui est dite alors dissimulée ou déguisée puisqu'elle emprunte l'apparence d'un acte à titre onéreux.

Telle est l'hypothèse qui ressortirait des motifs de l'arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation en date du 11 avril 1927 ². Cet arrêt nous intéresse par les circonstances dans lesquelles une convention est à juste titre dite simulée. Ainsi que le souligne M. Pic dans sa note, la constatation du caractère fictif de la société était essentielle en l'espèce pour reconnaître que les tiers, « même abstraction faite de leur qualité de réservataires, puisaient dans leur qualité d'intéressés le droit d'agir en déclaration de simulation à l'effet de faire proclamer judiciairement la nullité ou plutôt l'inexistence de la société fictive constituée par leur auteur ³ ». Une fois de plus nous constaterons que l'expression d'acte simulé n'est employée avec précision que si la volonté déclarée ne correspond pas à l'intention réelle des parties. L'arrêt déclare que « la société était fictive » par ce motif que « les souscriptions en espèces faites par d'autres que (le disposant) n'avaient été qu'apparentes » et qu'en conséquence « le cabinet Petitjean n'avait jamais cessé d'être la propriété de L. Bouet et dépendait de sa succession ».

La simulation consistait dans la constitution même de la société suivie d'une attribution gratuite d'actions de la société à sa concubine devenue sa femme. C'est bien cette attribution que critique la Chambre civile en relevant que la société n'avait été constituée « que pour soustraire le cabinet Petitjean à l'exercice des droits de ses héritiers réservataires et pour gratifier la dame Tarbesse alors sa concubine de la majeure partie des actions créées ».

La Cour d'Orléans devant laquelle fut renvoyé le litige ne se déclara pas convaincue du caractère fictif de la société. A raison

1. Cf. Aubry et Rau. X, § 690, n. 24.

2. Civ. Cass., 11 avril 1927, D. P. 1929, 1, 25, n. Pic (Cons. Sauvage c/S. A. Banque Petitjean et Cie). Beaucoup plus instructif au point de vue des faits est l'arrêt rendu comme Cour de renvoi par la Cour d'Orléans le 18 juillet 1928, D. P. 1929, 2, 65, n. Pic.

3. Pic. Note, D. P. 1929, 1, 25.

des circonstances de fait elle retint au contraire le caractère sérieux des souscriptions ¹. La volonté certaine des parties de coopérer dans une œuvre commune étant reconnue par la Cour de renvoi, nous trouvons là par un raisonnement *a contrario*, mais d'une valeur probante égale, une confirmation de la notion juridique de simulation.

30. — De ces hypothèses, la jurisprudence distingue nettement celles où l'acte de société étant réel et son existence incontestée contient cependant une libéralité au profit de l'un des coassociés. C'est généralement entre proches parents que s'échaffaudent de telles combinaisons car la constitution d'une société, surtout d'une société anonyme, n'est évidemment un procédé ni commode ni économique pour qui veut faire une donation déguisée. Aussi les espèces sont-elles rares.

Plus fréquentes par contre sont celles dans lesquelles un chef d'industrie, souvent le père de famille, avantage l'un de ses enfants dont il a éprouvé les capacités professionnelles. L'avantage est alors constitué par l'attribution de droits sociaux plus étendus que ceux que la loi reconnaîtrait en l'absence de telles stipulations. Or, l'interprétation littérale de l'article 854 C. c. déjà cité, conduirait à des solutions rigoureuses s'il devait être appliqué à la lettre.

L'acte de société est-il authentique ?

Les avantages consentis à l'héritier présomptif n'auront pas à être rapportés s'ils l'ont été « sans fraude », c'est-à-dire dans l'interprétation dominante ² sans esprit de libéralité. Solution parfaitement juridique puisqu'il n'y a pas libéralité en l'absence d'*animus donandi*. Solution, ainsi que le rappelle M. Wahl dans sa note, dont l'exactitude est confirmée par le rapprochement nécessaire avec l'article 1853 C. c. Le contrat ne cesse pas d'être « en son entier » un contrat de société par cela seul que la répartition des bénéfices ne serait pas proportionnelle aux apports. En d'autres termes, seule la forme authentique ferait présumer du caractère onéreux de l'acte s'il n'en résulte pas d'autres conséquences que celles dues au « fonctionnement de la société dans laquelle l'intéressé n'occupe pas une situation privilégiée qui ne serait due qu'à sa qualité de successible ³ ». Sans contester l'exactitude historique de cette interprétation, elle consacrerait des solutions d'une

1. « Attendu, déclare la Cour d'Orléans, qu'il n'est pas douteux que la demoiselle Tarbesse avait en 1891 des disponibilités plus que suffisantes pour verser le premier quart des 382 actions qu'elle avait souscrites, soit 95.500 francs, et qu'elle avait les moyens nécessaires pour lui permettre de verser les 2^e, 3^e et 4^e quarts lors de leur appel. »

2. Aubry et Rau X, § 631, n. 29. Colin et Capitant, t. III, p. 550. Planiol, n. D. P. 1908, 2, 225. Wahl. n. S. 1907, 2, 57, rapportant les opinions divergentes, p. 57, 2^e col.

3. Planiol, Ripert et Vialleton. IV, n° 594.

4. Pothier. Sociétés, n° 17 et Successions, p. 157.

rigueur « excessive » en considérant l'emploi de la forme authentique comme seule constitutive d'une dispense de rapport.

Par contre, lorsque l'acte de société a été rédigé sous seings privés, tous les profits retirés par l'héritier seraient alors présumés faits à titre de donation et rapportables. Solution particulièrement rigoureuse si l'on veut bien considérer d'une part, qu'à l'époque de la constitution de la société, souvent fort éloignée de celle de l'ouverture de la succession, les deux associés pouvaient ne pas être à un degré utile pour se succéder alors qu'ils le sont devenus par la suite, et que d'autre part l'article 853 C. c. paraît bien dispenser du rapport l'avantage indirect provenant d'événements postérieurs à la conclusion de la convention. Cette solution aurait encore été aggravée si une interprétation un moment consacrée en jurisprudence s'était maintenue. Le Tribunal civil d'Aix avait déclaré « nulle pour n'avoir pas été constatée par un acte authentique conformément à l'article 854 C. Nap. », la société formée entre un père et son fils. C'était là ajouter une condition de forme que n'exige certainement pas l'article 1834 C. c. Néanmoins la Chambre des Requêtes à laquelle fut soumis le pourvoi déclara qu'à défaut d'acte authentique « toute société doit être considérée comme n'ayant pas existée ». La portée de cette proposition douteuse était toutefois limitée, car elle ajoutait qu'elle n'était vraie qu'« à l'égard du partage des bénéfices sociaux que l'héritier avantagé voudrait opposer comme exception à la demande de rapport ¹ ». Proposition douteuse, disons-nous, car même à considérer la donation comme déguisée, encore faudrait-il que l'acte dit apparent fut reconnu valable en la forme, ce qui ne saurait être si le contrat de société devait être constaté par acte authentique et que « les effets qui se produisent en vertu du rapport diffèrent sensiblement de ceux qui résulteraient d'une annulation du contrat ² ».

Aussi la jurisprudence après avoir déclaré rapportables les bénéfices acquis par l'héritier et esquivant le problème de qualification, a-t-elle cherché à pallier à la rigueur de cette solution par l'attribution d'une indemnité à l'héritier. Pour cela elle a eu recours à la théorie de la gestion d'affaires ou à l'action de in rem verso ³. Ce faisant elle oublie d'ailleurs que l'avantage est ici consenti et qu'il ne peut s'agir par suite d'enrichissement sans cause. Aussi cette jurisprudence ne s'est-elle pas maintenue.

Abolissant désormais toute distinction entre l'acte authentique ou sous seings privés, les arrêts recherchent, soit dans les conditions

1. Req. 29 décembre 1858, D. P. 1859, 1, 219. V. en sens analogue Bastia, 21 novembre 1866 sous Civ. Cass., 6 juillet 1869, D. P. 1869, I, 479.

2. Planiol, n. précitée, D. P. 1908, 2, 225.

3. Req., 29 décembre 1858 précité. Req., 19 novembre 1861, D. P. 1862, 1, 139. Req., 17 août 1864, D. P. 1865, 1, 305.

mêmes du pacte social ¹, soit même dans des éléments extrinsèques² une dispense tacite ou expresse de rapport. Il importe de souligner qu'il n'y a plus alors « avantage » même indirect mais « une juste et légitime rémunération » de l'héritier associé.

31. — 2° *Les contrats de location et de vente.* — Qu'un avantage gratuit puisse résulter indirectement d'un contrat commutatif, il semble que ce soit une conséquence de principes certains de notre droit positif. Outre les textes précités à l'occasion des conventions déjà analysées, il suffit de rappeler que si la loi exige une prestation de chacune des parties au contrat à titre onéreux (art. 1106 C. c.), elle ne requiert nulle part l'équivalence de ces prestations. Les parties restent libres dans l'appréciation de leurs intérêts, la loi estimant avoir fait assez en protégeant par la théorie des vices du consentement le libre échange des volontés. La lésion, malgré une offensive récente, n'est pas, entre majeurs, une cause générale de rescision.

La jurisprudence se reconnaît pourtant le droit d'apprécier l'importance des contre-prestations. Cette attitude est grosse de conséquences car, après avoir annulé la convention elle en conclut sévèrement que si l'on prétend faire valoir l'opération à titre de donation déguisée ce n'est qu'autant qu'elle se dissimulerait derrière un acte valable, ce qui n'a pas lieu ici, l'acte de vente par exemple étant nul pour défaut de prix.

Sans doute peut-on expliquer cette jurisprudence par l'insuffisant redressement du taux de la lésion et les exigences de la justice commutative ³, les motifs que donne de ses décisions la jurisprudence nous paraissent, en l'absence de toute disposition législative, difficilement acceptables.

Les libéralités incluses dans un bail soulèvent des difficultés spéciales du fait qu'elles portent sur des loyers ou fermages. C'est l'importante question des donations de fruits ou revenus que nous n'avons pas à examiner ici ⁴. Par deux arrêts très importants la Chambre civile de la Cour de cassation a déclaré les donations de loyers dispensées du rapport à succession ⁵.

1. Paris, 28 décembre 1854 et sur pourvoi Req., 31 décembre 1855, D. P. 1856, 1, 279.

2. Req., 23 juin 1919, D. P. 1920, 1, 159. Douai, 21 juin 1906. D. P. 1908, 2, 225, n. Planiol S. 1907, 2, 57, n. Wahl. Cette tendance est approuvée par Colin et Capitant, III, p. 550 et Aubry et Rau, X, § 631, n. 31, *in fine*. V. toutefois Paris, 21 novembre 1923, D. P. 1924, 2, 121, n. Nast, dans lequel, en s'inspirant de la jurisprudence analysée au texte, on eût pu, nous semble-t-il, discuter le caractère de « donation déguisée » reconnu aux avantages conférés au fils.

3. P. Esmein. Note au S. 1934, 1, 1.

4. Cf. en dernier lieu : P. Esmein in *Rep. génér. prat. du Not.*, 1934, art. 23. 958.

5. Civ. cass., 28 juillet 1913, D. P. 1917, 1, 58. Civ. Rej., 27 novembre 1917 (Crespin du Gast), D. P. 1921, 1, 21, S. 1917, 1, 205, n. Lyon-Caen.

Nous n'avons d'autre part à retenir, il importe de le remarquer, que les espèces dans lesquelles le prix est vil et non pas fictif car nous ne serions plus dans l'hypothèse du *negotium mixtum cum donatione* mais bien dans celle des donations directes déguisées.

La jurisprudence ne manque pas de qualifier de donation déguisée la libéralité résultant d'un tel contrat, or le contrat de location est un contrat synallagmatique et avec M. Hamel nous observerons que si le prix du bail doit être sérieux, « cela ne signifie pas qu'il doive représenter exactement la valeur de la jouissance procurée au preneur. Un prix vil peut être sérieux s'il résulte simplement du fait que le bailleur n'a pas su défendre ses intérêts ¹ ». Mais s'il résulte de l'intention du bailleur de procurer au preneur un avantage gratuit, celui-ci constitue un avantage indirect et non pas déguisé, car en l'absence de prix stipulé le contrat est un prêt à usage, en présence d'un prix fictif il peut y avoir donation déguisée, mais il y a, à notre sens, une contradiction irréductible à constater ainsi que le fait la jurisprudence que le prix a effectivement été fourni et d'autre part à qualifier l'opération de donation déguisée ².

Parfois, il est vrai, la qualification serait sans influence sur la solution. Déguisée ou indirecte la libéralité reste soumise aux mêmes conditions de fond et pour ne pas contrevenir à la règle « donner et retenir ne vaut » la donataire ne doit pas se réserver la faculté de reprendre à tout moment les exemplaires du bail entre les mains du mandataire auquel elle les avait remis ³.

Mais n'y a-t-il pas contradiction à déclarer d'une part que la donation est constituée « par l'importante différence entre le prix stipulé et le prix normal de la location annuelle des immeubles affermés », ce qui signifie, a-t-on remarqué, que l'acte n'était pas en totalité une libéralité et d'autre part à le révoquer en entier pour cause d'ingratitude ⁴.

32. — Plus nombreuses et plus importantes sont les solutions consacrées en matière de contrat de vente qui peut, comme le bail ⁵, procurer par ricochet un avantage gratuit à l'une des parties.

Par une continuité remarquable qui nous paraît remonter à un

1. Planiol, Ripert et Hamel, X, n° 469.

2. Req., 20 juin 1932, D. H. 1932, 409. Nîmes, 31 octobre 1921, D. P. 1922, 2, 181. Civ. Cass., 28 juillet 1913, précité. Riom, 4 juillet 1892, D. P. 1893, 2, 341, et sur pourvoi Req., 20 juillet 1893, D. P. 1893, 1, 598.

3. Req., 20 juin 1932, précité.

4. Req., 20 juillet 1893, précité. Cf. les observations sous l'arrêt de la Cour de Riom, objet du pourvoi.

5. Nous prenons connaissance de la note récente de M. le professeur Savtiera dans laquelle nous trouvons confirmation de notre thèse sur ces différents points dans les critiques qu'il adresse à un jugement du Trib. civ. de la Seine en date du 26 juillet 1934. (*Revue Trim.*, 1935, 189.).

arrêt en date du 2 juillet 1806¹, la jurisprudence décide que le prix stipulé en rente viagère n'est pas un prix sérieux lorsque la rente est inférieure aux revenus de l'immeuble².

En dehors de l'hypothèse de la vente à charge de rente viagère, la jurisprudence déclare également, non sans quelques résistances³, que le prix dérisoire équivaut à un prix fictif⁴.

Cette jurisprudence qui a reçu l'adhésion de MM. Aubry et Rau⁵ se heurtait de bonne heure aux critiques de la doctrine⁶. Les auteurs modernes lui sont défavorables⁷ et s'attachent à démontrer comment la jurisprudence supplée ainsi à l'irrecevabilité de l'action en rescision pour lésion dans les cas où le prix vil a été consenti en pleine connaissance de cause ou dans ceux où le caractère aléatoire de la vente n'autoriserait pas la rescision (arg. de l'article 1776 C. c.)⁸. Encore qu'il soit intéressant de souligner combien l'action en nullité pour défaut de prix diffère profondément de l'action en rescision pour lésion au point de vue des conditions et délais d'exercice, nous nous bornerons à analyser ici les conséquences qui se rattachent à cette jurisprudence prétorienne en matière de libéralités.

33. — Cette confusion sans doute volontaire, permet à la jurisprudence ainsi que nous l'avons relevé à plusieurs reprises d'annuler la donation dite déguisée puisqu'elle ne répond pas aux conditions de validité de l'acte dont elle emprunte, dit-elle, l'apparence⁹.

L'assimilation du prix dérisoire ou vil au prix fictif nous paraît insoutenable aussi bien sur le terrain des principes juridiques rap-

1. D. J. G., V^o Vente, n^o 355, .

2. V. parmi les décisions récentes : Civ. Cass., 16 novembre 1932, D. H. 1933, 4, S. 1934, 1, 1, n. P. Esmein, *Rev. Crit.*, 1933, 453 et les observations de M. Desderteaux. Req., 26 janvier 1931, G. P., 7 mars 1931, Req. 10 février 1925, D. H. 1925, 137. Comp. Req. 20 décembre 1930, D. H. 1931, 53. Poitiers, 2 février 1931, S. 1931, 2, 94. Lyon, 24 décembre 1930, S. 1931, 2, 167.

3. Arg. de Nancy, 20 janvier 1932, S. 1933, 2, 217, qui décide que la disproportion qui pourrait exister entre les prestations n'apparaît pas en l'espèce et ajoute que : « fût-elle démontrée, la réalité des causes qui sont à la base de la convention assurent (*sic*) sa validité... »

4. Trib. Civ., Seine, 22 juin 1929, D. H. 1929, 439.

5. *Op. cit.*, t. V, § 349, n^o 26.

6. Huc., t. 10, n^o 34. Baudry-Lacantinerie et Saignat, n^o 131. Planiol, note sous Req., 1^{er} mai 1911, D. P. 1911, 1, 353.

7. Planiol, Ripert et Hamel, t. X, n^o 41. Colin, Capitant, II, 446 ; Comp. Josserand, t. II, n^o 1025.

8. H. Lalou n. sous Alger, 29 avril 1929, D. P. 1930, 2, 29, cassé par Civ., 16 novembre 1932, précité. M. P. Esmein dans sa note précitée ramène l'hypothèse à celle où « la partie lésée a ignoré l'absence de cause ou son caractère dérisoire ». Cette assimilation du prix vil à l'erreur sur la cause lui permet dès lors d'affirmer le caractère relatif de la nullité.

9. Req., 26 avril 1893, D. P. 1893, 1, 359. Req., 23 octobre 1905, D. P. 1906, 1, 32. L'exigence de cette condition de fond à un acte dit apparent, nous paraît condamner le principe même de la validité des donations déguisées. Cf. Ferrara. *Simul.*, p. 199.

pelés précédemment qui n'exigent nullement l'équivalence des prestations, que sur le terrain des faits.

Si la jurisprudence a pu trouver un critérium assez précis dans les revenus de l'immeuble vendu à charge de rente viagère, il n'en est plus de même dans la vente ordinaire, alors surtout que les tribunaux ont tendance à s'arrêter aux estimations des experts, dont les appréciations sont souvent très différentes ¹. L'arbitraire seul, déterminera la validité de l'opération, ou le triomphe de la mauvaise foi. Car l'acquéreur a le plus souvent intégralement exécuté ses obligations jusqu'au jour où le créancier, le vendeur ou plus souvent leurs héritiers se repentent de leur générosité. Comment dire que le prix est fictif lorsque tout en étant supérieur au revenu des biens vendus, les annuités en ont été acquittées pendant vingt-neuf ans ²? Le prix fût-il dérisoire, ne saurait être qualifié fictif puisqu'aussi bien il eût suffi aux parties de stipuler à l'acte dit apparent une prestation qui par son taux eût mis la vente à l'abri de tout soupçon. Il ne dépend pas des parties, ainsi que le rappelait excellemment un ancien arrêt : « de se créer arbitrairement... un prétexte d'attaquer, faute de prix, un contrat de vente consenti sans fraude et volontairement exécuté ³. »

Aussi la Cour de cassation a-t-elle abandonné un moment cette première conséquence attachée à la nullité de l'acte de vente. Le 3 décembre 1912 ⁴ la Chambre civile de la Cour de cassation est venue affirmer que les donations déguisées « ne sauraient être déclarées nulles par le motif que le prix serait fictif et notamment quand ce prix consiste en une rente viagère par le motif que celle-ci ne comporterait aucune chance aléatoire au profit du donateur ». Cet arrêt qui avait été précédé de quelques décisions en sens identique ⁵ et qui devait orienter la jurisprudence dans une voie plus libérale ne paraît pas avoir eu la portée que lui ont reconnue les auteurs ⁶. S'il a été suivi de quelques décisions ⁷, à plusieurs reprises la jurisprudence vient à nouveau d'affirmer que le prix dérisoire équivaut au prix fictif et annuler la libéralité dite déguisée ⁸.

1. 500.000 francs d'écart pour le même immeuble dans l'espèce jugée le 22 juin 1929 par le Trib. civ. de la Seine, D. H. 1929, 439.

2. Req., 9 juillet 1879, D. P. 1881, 1, 27.

3. Agen, 5 mai 1829, D. J. G. V^o Vente, n^o 356, 1^o.

4. D. P. 1913, 1, 175.

5. Req., 17 février 1904, D. P. 1904, 1, 526. Chambéry, 3 avril 1901, D. P. 1903, Douai, 12 mars 1879 sous Req., 9 juillet 1879, D. P. 1881, 1, 27.

6. Colin et Capitant, III, 771.

7. Req., 25 avril 1914, D. P. 1921, 1, 246. Dijon, 5 février 1913. Rec. Dijon, 2, 54. 1913, 23.

8. Trib. civ., Seine 22 juin précité. Req., 22 avril 1913, D. P. 1914, 1, 193 (pour une hypothèse de compte joint). Rapp. bien que le caractère de libéralité n'y fût pas soulevé. Civ. Cass., 16 novembre 1932, précité. Req., 26 janvier 1931, G. P. 7 mars 1931. Req., 29 décembre 1930, D. H. 1931, 53. Req., 10 février 1925, D. H. 1925, 137.

Il était difficile à notre sens qu'il en fût autrement : Le motif ci-dessus rapporté de la Chambre civile et les arguments des auteurs dont nous approuvons par ailleurs la doctrine, portaient en eux-mêmes le germe de la contradiction. Si nous admettons en effet avec M. Planiol : « comme un principe certain qu'il y a un prix réel et suffisant », il semble difficile de conclure que « la solution admise relativement aux donations déguisées devrait recevoir en ce cas son application ¹ ». Si le prix minoré est un prix sérieux, le contrat n'est pas un acte à titre gratuit mais bien une vente. A notre sens la solution ne changerait pas si avec la jurisprudence nous admettions l'inefficacité de la vente pour non équivalence des prestations. Il suffirait de dire que le prix, inférieur par exemple aux revenus de l'immeuble, en faisant disparaître l'aléa, rendra recevable l'action en rescision. La vente serait désormais réelle, effectivement voulue par les parties, mais rescindable ; elle ne serait pas pour cela fictive, c'est-à-dire frappée de nullité absolue ².

Or dans les espèces que nous avons analysées, l'acte de vente ne dissimule rien. Il indique au contraire clairement les diverses stipulations que les parties ont généralement exécutées. Ce n'est donc pas à titre de donation déguisée, mais de donation indirecte que peut valoir l'avantage procuré à l'acheteur. Il manque ici un acte apparent, c'est-à-dire un acte que les parties n'ont jamais eu l'intention d'exécuter. L'acte est unique, il y a une vente dont les effets sont complexes.

Telle nous paraît être la physionomie du *negotium mixtum cum donatione* dont la doctrine souligne le caractère unitaire, soit à propos d'autres hypothèses ³, soit au cas d'inclusion dans un contrat de vente : « Principalement il y a vente, accessoirement il y a avantage et libéralité ⁴. » La notion de simulation implique au contraire la coexistence de deux actes.

34. — La nature juridique de l'opération est ici d'importance essentielle car si la libéralité incluse devait sortir effet à titre de donation déguisée, elle serait nulle dans les hypothèses prévues aux articles 911 et 1099 C. c.

1. Planiol note précitée, D. P. 1911, 1, 353. Cf. Planiol. Ripert et Hamel, *loc. cit.* « La vente à prix dérisoire est une donation déguisée au même titre que la vente dans laquelle le vendeur n'a pas l'intention d'exiger le prix. »

2. Comp. à ce point de vue. Civ. Cas., 16 novembre 1932, précité et Req., 12 novembre 1930, D. H. 1930, 596.

3. « C'est un contrat unique résultant en quelque sorte de la combinaison de deux contrats simples » écrivait M. Claro à propos de la libéralité réalisée par contrat de souscription. D. P. 1903, 2, 121. La question est controversée en ce qui concerne la stipulation pour autrui comparer la note de M. Naquet, S. 1911, 1, 137.

4. Beudant, Lerebourg-Pigeonnière et Voirin, t. VI, n° 228 ; en même sens, Colin et Capitant, t. II, p. 446 ; Baudry-Lacantinerie et Saignat, n° 131.

Or le premier de ces textes ne peut, sous peine de frapper d'une incapacité générale les personnes visées, trouver application ici. L'article 911 ne permet pas d'attaquer les actes à titre onéreux du disposant et nous venons de voir qu'il fallait reconnaître ce caractère au *negotium mixtum cum donatione*. Il doit en être ainsi des personnes réputées interposées par les articles 911 et 1.100 C. c qui, en raison du caractère irréfragable de ces présomptions, sont frappées d'une incapacité réflexe de recevoir à titre gratuit mais non de contracter à titre onéreux. C'est pourquoi à certaine jurisprudence qui aboutit à faire dépendre le caractère fictif de la vente de l'opinion des experts et en prononce la nullité totale ¹, nous préférons celle qui admet la validité du *negotium mixtum cum donatione* ².

35. — Lorsque enfin, de pareilles conventions interviennent entre époux, l'immixtion de la notion de simulation nous paraît des plus critiquable. Elle aboutit à sanctionner par la nullité totale des conventions que l'article 1099, alinéa 2 C. c. déclare simplement réductibles ³. Cette solution oublie d'ailleurs que l'article 1595 C. c. prévoyant l'hypothèse où un contrat de vente interviendrait entre époux se borne à réserver « les droits des héritiers des parties contractantes s'il y a avantage indirect ». Ces droits seraient suffisamment sauvegardés, croyons-nous, en attribuant aux intéressés en vue d'assurer l'intégrité de leur réserve héréditaire, une simple action en réduction de l'avantage indirect ⁴.

Les solutions jurisprudentielles prennent le caractère d'une véritable peine sans qu'aucune disposition légale ne vienne les appuyer. D'autant plus que la jurisprudence a longtemps admis, qu'il s'agisse ⁵ ou non ⁶ de libéralités entre époux, que l'atteinte aux droits des héritiers réservataires constituait en elle-même une « fraude » qui entraînait d'importantes dérogations aux règles ordinaires de la preuve ou à l'efficacité de la libéralité ⁷. Mais sur ce dernier

1. Trib. civ. Seine, 22 juin 1929, D. H. 1929, 439.

2. Req., 1^{er} juillet 1889, D. P. 1891, 1, 305. Trib. civ. Seine, 12 janvier 1935. Rec. Som., 1935, n° 1589. Rapp. la réfutation de l'opinion de Delvincourt qui étendait la nullité de l'article 911 à tous les actes, même à titre onéreux, de l'incapable, par Aubry et Rau, t. X, § 650bis, n. 8.

3. Sur cette question, v. Planiol, Ripert et Trasbot, V, n° 157, s. Rapp. S. Et. M. d'Amelio. « La liberté des donations entre époux », in *Bull. Soc. Et. Let.*, 1935, 208.

4. V. les motifs de Req., 23 mai 1882, D. P. 1883, 1, 407.

5. Civ. Cas., 23 mai 1882, précité. Req., 27 juillet 1881, D. P. 1882, 1, 177. Civ. Rej., 17 janvier 1910, D. P. 1911, 1, 52.

6. Civ. Rej., 11 avril 1932, D. P. 1932, 1, 170. Civ. Cas., 17 novembre 1931, D. H. 1931, 558. Civ. Cas., 11 avril 1927, D. P. 1929, 1, 25.

7. Aux arrêts cités aux notes ci-dessus, soit qu'ils prononcent la nullité totale, soit qu'ils autorisent la preuve par tous moyens de la fraude alléguée : adde Poitiers, 28 mai 1935, S. 1936, 2, 16, qui admet les créanciers du mari de la donataire à intenter l'action en nullité en raison du caractère fictif et frauduleux reconnu à une vente à charge de rente viagère.

point la Cour Suprême, par deux décisions rapprochées, vient de décider que même, lorsque les donations déguisées « par suite d'un concert entre le donateur et le donataire tendent à porter atteinte à la réserve des héritiers... le droit de ceux-ci, en ce cas, se borne à demander la réduction de ces donations à la quotité disponible et non leur annulation totale qui n'est prévue par aucune disposition spéciale de la loi ¹ ».

Cette jurisprudence récente, en séparant en matière de libéralité les deux notions de fraude et de simulation, affirme par là que le déguisement de la donation n'implique pas l'idée de fraude et doit être approuvée. Mais elle accuse davantage le caractère pénal des solutions précédemment admises.

Sauf à préciser dans chaque hypothèse en quoi consiste la fraude, l'acte simulé et l'acte indirect peuvent se rejoindre sur le terrain de la fraude ou de l'illicite, ce n'est là toutefois qu'une similitude d'effets qui n'autorise pas à confondre les deux notions. Qu'il s'agisse du recel qui est « par définition une fraude dans le partage » et « ne se réalise qu'une fois la succession ouverte », les peines encourues sont étrangères à la notion même de déguisement. Il en est de même de la nullité totale pour laquelle la jurisprudence doit recourir à la théorie de la cause illicite (art. 1131) ou à celle de la fraude aux articles 1.099 et 911 C. c. ².

Nous ne reprendrons pas, après la synthèse qu'en a faite M. le professeur Savatier dans la matière des libéralités, la discrimination entre les notions de fraude et de simulation. Les tribunaux « en haine de la fraude » les ramenaient à l'unité malgré des « principes incontestables » qui commandaient de les tenir distinctes et que la jurisprudence récente vient de rétablir.

Par contre la confusion subsiste parfois encore en d'autres domaines. C'est à cette distinction que nous voudrions nous attacher dans les lignes qui suivent.

1. Req., 1^{er} juin 1932, D. P. 1932, 1, 169, n. Savatier. Req., 11 décembre 1934, G. P. 1935, 1, 157, S. 1935, 1, 63.

2. Sur tous ces points, v. la note précitée de M. Savatier. Adde du même auteur : « Le recel en matière de communauté et de testament », *Rep. génér. prat. du Not.*, 15 septembre 1935, art. 24.274.

CHAPITRE II

L'INTENTION DE TROMPER

36. — L'acte dissimulé, abstraction faite de son caractère licite ou illicite, ne produit aucun effet supplémentaire autre que celui qu'il produirait s'il était fait ostensiblement ¹.

Mais en l'absence de conséquences juridiques, la simulation peut entraîner d'importantes conséquences de fait.

Pour ne citer que quelques exemples, le déguisement de la donation évitera au donataire une dépense élevée en lui permettant d'échapper au paiement des droits de mutation à titre gratuit. En aliénant fictivement ses biens à un comparse, le débiteur se mettra à l'abri des poursuites de ses créanciers. En faisant acheter par un tiers, qui lui en rétrocèdera la propriété, l'acquéreur obtiendra le bien qu'il convoite, à des conditions que le vendeur ne lui aurait pas concédées.

C'est en vue de ces conséquences à venir, et pour en hâter ou en éviter la réalisation bonne ou mauvaise, qu'est conclu l'acte simulé. Quel que soit le but spécial visé, l'acte, soit fictif, soit déguisé, ne révèle pas sa teneur aux tiers.

Sans chercher quels sont précisément parmi ces tiers ceux qui ont intérêt ² à faire ressortir la vérité, il est évident que par la mise en œuvre d'un acte simulé ils sont abusés sur l'intention véritable des contractants. Cette intention de tromper ³ est-elle nécessaire à la qualification d'un acte simulé ? Par nos développements antérieurs nous avons vu que la divergence entre la volonté exprimée et la volonté réelle était intentionnelle. Elle se distingue par là de la manifestation de volonté qui serait viciée par l'erreur.

Mais poussant l'analyse plus loin il nous semble possible, ne considérant que les seules manifestations sciemment différentes de la volonté réelle, de distinguer parmi celles-ci. Nous le ferons précisément à l'aide de cette notion psychologique qu'est l'intention de tromper. Si parmi ces déclarations nous démontrons que celles-là seules où se retrouve cette intention peuvent être quali-

1. Réserve faite de la donation déguisée.

2. Le sens du mot tiers dans l'article 1321 est à l'heure actuelle bien établi. V. Planiol, Ripert et Esmein. VI, n° 340.

3. Littré « Induire en erreur en employant la ruse, l'artifice, le mensonge. »

fiées de simulées, nous pourrions dire que l'intention de tromper est de l'essence de la simulation. La simulation n'existe pas sans elle, l'intention de tromper est donc nécessaire. Dès qu'elle se retrouve, par contre on peut affirmer que l'acte est simulé, l'intention de tromper serait alors suffisante.

SECTION I. — L'intention de tromper est nécessaire.

§ 1. — *Acte simulé et acte jocandi causa.*

37. — Le caractère nécessaire de cet élément psychologique a été souligné par quelques textes de droit positif étranger à l'occasion de la distinction de l'acte *jocandi causa* et de l'acte simulé.

C'est ainsi que l'article 116 du Code civil allemand qui ouvre l'important titre II de la partie générale consacrée à la « Déclaration de volonté », dispose qu'au cas de « réserve mentale » la déclaration sera tenue pour vraie. Nous verrons ¹ que la solution de ce texte est la sanction d'un dol.

L'article 117 qui traite de la simulation se distingue de l'hypothèse de la réserve mentale « en ce que celle-ci a pour but de *tromper celui à qui la déclaration s'adresse*, tandis que la première est acceptée... en vue de *tromper les tiers* ² ».

L'intention de tromper, soit les tiers, soit le cocontractant, est donc nécessaire pour que l'acte soit simulé ou affecté de réserve mentale.

Arrivant avec l'article 118 à l'hypothèse des déclarations en l'air ou *jocandi causa*, qui sont émises dans des conditions telles que personne ne puisse se méprendre sur leur caractère non sérieux, le législateur allemand les déclare « nulles ³ ».

L'absence de toute intention dolosive résulte des conditions mêmes dans lesquelles la déclaration de volonté a été émise. Si ces conditions sont au contraire telles, que l'autre partie se soit méprise, il y aura non pas maintien de la déclaration en la tenant pour vraie conformément au § 116, mais au contraire maintien de la nullité et réparation sous forme de dommages et intérêts, conformément aux termes exprès du § 122 ⁴.

Le fait d'avoir consacré des dispositions spéciales à ces actes prouve à nos yeux que les auteurs du B. G. B. les tenaient pour distincts tant au point de vue du mode de réparation que de leur contenu psychologique.

1. *Infra*, 2^o Pie. N^o 101.

2. Note sous l'article 117. Traduction officielle.

3. Art. 118, B. G. B. « Toute déclaration de volonté qui n'est pas donnée au sérieux et qui se présente de telle façon que l'on doive s'attendre à ce que ce défaut de sérieux ne puisse être méconnu est nulle ». Saleilles. *De la Déclaration de Volonté*, p. 10.

4. Japiot. « Des nullités en matière d'actes juridiques ». *Th. Paris*, 1909, p. 187; n. 2. Saleilles. *Op. cit.*, p. 11.

« Il semble bien que le critérium de distinction entre les hypothèses de l'article 118 et celles de l'article 116 soit purement subjectif et réside dans l'intention du déclarant, écrit Saleilles, dans le cas de l'article 118 il n'a pas voulu tromper et il a cru que l'on s'apercevrait du défaut de sérieux de la déclaration ; c'était une promesse en l'air, faite en riant ou une formule de courtoisie.... comme le déclarant est de bonne foi, on revient à la théorie de la volonté vraie ¹. »

Le même critérium a été consacré par certaines codifications récentes. C'est ainsi qu'aux termes de l'article 103 du C. c. brésilien de 1916 : « La simulation ne sera pas considérée comme un vice dans aucun des cas prévus à l'article précédent s'il n'y a pas eu intention de nuire aux tiers ou de violer la loi. ² » L'article 102, auquel fait allusion ce texte énumère quelques hypothèses de simulation absolue ou relative.

38. — Aussi ne pouvons-nous suivre l'opinion de Chironi et Abello qui engloberait dans une simulation « au sens large » à la fois : la simulation conventionnelle dite simulation au sens strict ; la réserve mentale dite simulation unilatérale, les actes *jocandi causa* ³.

La notion juridique de simulation est un concept unique qui se suffit à lui-même. Parmi les faits juridiques la théorie de la simulation forme, croyons-nous, une théorie originale à laquelle la loi et la jurisprudence attachent des conséquences trop importantes pour pouvoir être impunément « élargie ».

Ce n'est pas à dire que ces déclarations faites par plaisanterie, réclame ou complaisance, ne soulèvent de délicats problèmes juridiques *. Pour les résoudre la jurisprudence ne fait pourtant pas appel à la notion de simulation ou, s'il s'agit d'offres unilatérales, à celle de réserve mentale. Rares sont les espèces où la jurisprudence a eu véritablement à statuer sur les hypothèses d'actes *jocandi causa*. Il faut à notre avis distinguer deux groupes d'espèces que nous avons englobés sous l'expression trop compréhensive d'actes *jocandi causa*. Dans un premier groupe qui comprend les déclarations didactiques, les déclarations de réclame et les actes de courtoisie, il y a bien accord ou déclaration mais chacun en connaît, ou a la possibilité d'en reconnaître facilement le caractère non juridique.

Dans un deuxième groupe il y a bien, à notre sens, déclaration ou

1. Saleilles. *Op. cit.*, p. 10.

2. Code civil brésilien. Traduction Goulé, Daguin et d'Ardenne de Tizac. Imprimerie nationale, 1928.

3. Chironi et Abello. *Trat. dir. Civ.*, I, p. 395. En notre sens Ferrara. « *Simulazione* », p. 38 et s.

4. E. H. Perreau. « Courtoisie. Complaisance et usages non obligatoires ». *Rev. Trim.*, 1914, 481. Taffe. « Responsabilité civile en dehors du contrat », *Th. Paris*, 1921.

accord juridique mais la jurisprudence a surtout eu à en déterminer la portée. En d'autres termes ces actes soulèvent plutôt une question d'interprétation de la volonté, que d'existence de cette même volonté.

Si la distinction n'est pas toujours nettement marquée elle doit néanmoins être faite.

39. — Les conditions mêmes dans lesquelles interviennent les déclarations du premier groupe empêchent toute personne réfléchie d'y attacher les conséquences juridiques normales. Telle serait par exemple l'hypothèse où, dans un but didactique une personne inscrirait la formule d'une lettre de change sur une feuille de papier. On aperçoit immédiatement la différence qui séparerait ce spécimen de lettre de change d'un effet de complaisance ou lettre de change simulée. Telles sont encore les déclarations de réclame en usage dans le commerce. La jurisprudence ne retient pas comme manœuvres dolosives viciant le consentement, le fait par le vendeur de vanter à l'excès les qualités de l'objet vendu, ni à l'inverse l'atténuation ou le déguisement de ses défauts. Ce sont là pratiques courantes dont les tractations commerciales s'accommodent facilement. Ne sont pas prohibés, lorsqu'ils n'excèdent pas les moyens usuels de publicité, les procédés par lesquels un commerçant attire chez lui la clientèle au détriment de ses concurrents.

Quant aux actes accomplis par courtoisie ou obligation mondaine, alors qu'on cherche en doctrine la ligne de démarcation entre le droit et la courtoisie, la jurisprudence dans son ensemble n'y attache en principe aucun effet obligatoire. C'est ce que décida le 23 avril 1842 la Cour d'Orléans ¹ à l'occasion d'une promesse de don, d'ailleurs exécutée pendant 14 années consécutives, faite à l'occasion de son investiture par l'attributaire à titre gratuit d'une étude de notaire créée par le Gouvernement.

Rien dans cette promesse « ne manifeste l'intention de s'engager de manière à donner contre lui une action en justice au cas de non-exécution complète d'un acte de bienfaisance... dès lors, cet engagement ne constitue qu'une obligation imparfaite qui intéresse le for intérieur et la délicatesse, mais qui ne peut lier juridiquement. »

La même Cour, le 3 juin 1842 ² décide qu'il « n'y a de promesse obligatoire que celle qui est faite avec intention de s'engager et qui confère à l'autre partie le droit d'en exiger l'accomplissement en justice ».

Bien que l'on ait pu voir un tribunal de paix ³ condamner un

1. S. 1843, 2, 383.

2. D. J. G. V^o Dispositions entre vifs, n^o 2.614, adde : Colmar, 31 décembre 1850, D. P. 1853, 2, 164. Laurent, XV, n^o 430.

3. Justice de paix de Gosselies, 5 septembre 1891. *Journ. Trib.*, 1891, 1232, cité Demogue, II, n^o 564.

invité qui n'avait pas répondu à une invitation après l'avoir acceptée, à payer à son hôte des dommages et intérêts pour les frais qu'il lui avait inutilement occasionnés, il est possible d'affirmer que la jurisprudence déclare que de pareils actes, ne constituant pas un contrat, ne peuvent jamais donner lieu à une obligation contractuelle.

A l'inverse sur le terrain délictuel la responsabilité ne saurait être restreinte par des accords de volonté non juridiques¹.

40. — Il ne faut d'ailleurs pas confondre ces actes, où manque par définition l'*animus contrahendi negotii*, avec ceux parfois donnés comme tels où, nous semble-t-il la jurisprudence a eu à déterminer la portée de l'engagement, par exemple : les effets à l'égard des tiers d'une convention, en l'espèce le cahier des charges d'une concession d'électricité passée entre une commune et une société. Les stipulations de ce cahier des charges sont inopposables à l'usager parce que, ainsi que le dit la Cour de cassation : « un traité passé entre une commune et une société concessionnaire d'un service public... ne lie point les particuliers habitant la commune lesquels ne sont ni parties, ni représentés à ce traité². »

Telles sont encore les hypothèses où le concours des volontés, certainement sérieuses de part et d'autre, ne s'est pas cependant réalisé faute de détermination suffisante de l'objet.

41. — C'est ainsi, nous semble-t-il, que doivent être interprétées les décisions rendues à propos de promesses ou offres au public que constitue l'exposition en vitrine d'une marchandise. Un jugement déjà ancien du Tribunal de commerce de la Seine³ avait bien décidé que l'exposition en vitrine de pièces de tissus avec indication des prix engendrait un contrat valable dès son acceptation par toute personne. Mais la publicité est devenue aujourd'hui un art. En exposant des articles, dans des conditions souvent très onéreuses les commerçants n'entendent pas recommencer ce travail plusieurs fois par jour. C'est ce qu'a décidé le Tribunal de commerce de la Seine le 28 mai 1921⁴. Un sieur Maurin ayant prétendu obtenir la robe même exposée en vitrine, plaida la résolution d'un prétendu contrat de vente faute d'exécution.

1. Jurisprudence particulièrement abondante et nette en matière de transport bénévole depuis Civ. Rej., 27 mars 1928, D. P. 1928, 1, 145, n. G. Ripert. Cf. J. Hardoin. « Le transport bénévole » *An. Droit et Sciences sociales*, n° 5, 1935, p. 75 s.

2. Civ. 20 février 1923, D. P. 1926, 1, 43, cité Planiol, Ripert et Esmein, VI, p. 121. Voir d'ailleurs en sens contraire, Req., 19 juillet 1920 et 4 mai 1920, D. P. 1922, 1, 41 et la note Appleton. Cf. Aulagnon : « De la situation juridique des usagers titulaires d'une police d'abonnement à l'égard des Compagnies concessionnaires d'un service public. » *Rev. trim.*, 1924, 5.

3. Tribunal de commerce de la Seine, 5 janvier 1869, D. P. 1869, 3, 14. Martin Prendel.

4. D. P. 1923, 2, 152, Société des Galeries Lafayette.

Le tribunal constate que « la composition d'un étalage... est un travail délicat », mais se plaçant sur un terrain plus juridique il déclare que « pour que l'acceptation d'une pollicitation produise son effet juridique il faut que cette pollicitation ait consisté dans la présentation d'un objet déterminé « et qu'en exposant publiquement l'objet litigieux » la Société défenderesse n'a pas entendu offrir en vente « la » robe... qu'elle a entendu seulement s'engager à livrer à la première réquisition « une » robe absolument identique à celle exposée ». C'est à notre sens l'hypothèse même prévue par l'article 1589 du C. c., alinéa 1 qui décide que « la promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix ». Le Tribunal nous semble bien avoir été mû par cette considération car il continue aussitôt : « Attendu en conséquence que le concours de volonté, nécessaire pour la conclusion de la vente alléguée par le demandeur ne s'est pas produit et qu'il n'échet par suite de prononcer la résiliation d'un contrat qui ne s'est pas formé. » La Cour de cassation ne nous semble pas avoir eu à se prononcer, mais ce raisonnement juridique mérite d'être approuvé car il s'appuie sur la véritable cause ayant empêché la formation du contrat : l'indétermination de l'objet et non pas un manque de volonté ¹ de s'obliger juridiquement car la volonté est bien présente avec ses conditions intrinsèques de validité ².

42. — Nous ne considérons pas non plus comme déclaration per jocum les hypothèses où une personne promet à une autre ou à quiconque une certaine somme si elle exécute un certain fait ou démontre l'exactitude de certaines allégations. C'est l'hypothèse des promesses de récompenses. Le caractère sérieux de ces promesses a été mis en doute ³ en invoquant deux arguments :

Le premier déduit l'absence de volonté juridique d'un prétendu défaut d'intérêt pour le promettant à l'exécution du fait mis « in obligatione ». Quel sera dit-on, pour nous servir de l'exemple invoqué, l'intérêt de l'industriel qui promet une certaine somme à qui démontrera que dans les tissus « pure laine » de sa fabrication ne se trouve pas un fil de coton. Si on démontre la pureté de ses draps cela n'ajoute rien à ses affirmations. Si au contraire on en démontre l'inexactitude il a tout intérêt à ce qu'on ne le sache pas, en d'autres termes, il n'a pas intérêt, dans un sens ou dans l'autre, à ce qu'on fasse la démonstration.

L'argument prouve trop ou trop peu. Il prouve trop car la décou-

1. En ce sens, Chabas, « La déclaration de volonté en droit français », *Th. Paris*, 1931, p. 25-26 ; v. une explication différente in Demogue, II, n° 551 et s.

2. Dans le même sens et faute de détermination suffisante de l'objet, s'étaient antérieurement prononcés la Cour de Riom le 24 mai 1884 (D. P. 1885, 2, 86) et le Tribunal de commerce d'Anvers, le 13 janvier 1906 (D. P. 1906, 5, 32.)

3. Voir Costiner. *Th. Paris*, 1924, p. 19 à 26. Comp. Chabas. *Op. cit.*, p. 35.

verte de fils de coton présente un certain intérêt pour le promettant de bonne foi. Elle lui permettra de corriger un défaut de fabrication qu'il ignorait par hypothèse. Il ne prouve pas assez car de l'échec de la démonstration le promettant tirera encore un intérêt non seulement moral, mais pécuniaire par la réputation qui peut s'attacher à ses produits.

Le second argument est tiré de la disproportion qui existe entre la somme promise et l'exécution demandée.

Observons seulement que le promettant est seul maître d'arbitrer la valeur que revêt à ses yeux l'exécution du fait demandé.

43. — On n'atteint pas le caractère sérieux de ces mêmes actes en les analysant en un pari ¹. La loi considère le pari comme un contrat et la C. c. en le classant expressément (art. 1964) à côté du jeu parmi les contrats aléatoires requiert pour sa formation les mêmes conditions générales que pour les autres contrats (art. 1108) notamment le concours des volontés. Le pari est dit unilatéral lorsqu'un seul des parieurs est tenu envers l'autre du paiement de la somme promise ². Ces quelques principes rappelés nous voudrions examiner une espèce dans laquelle on a pu voir un acte *jocandi causa* ³. Un journal suisse, *Le Courrier de Genève*, publiant un compte rendu, avait imprimé à la suite d'une erreur typographique les mots « volontaires du pape » au lieu de « volontaires de la paix ». Cette « coquille » avait été rectifiée presque aussitôt, et le plus grand nombre des exemplaires ne la comportait pas. Le journal *l'Action Française* en reproduisit le texte conforme à la première rédaction en l'accompagnant de commentaires. C'est alors qu'un autre journal *La Vie Catholique* n'ayant connaissance que du texte rectifié, offrit la somme de un million qui serait versée à la caisse de propagande de *l'Action Française*, si cette dernière pouvait produire le texte conforme à celui reproduit. *L'Action Française* accepta, produisit l'original et somma *La Vie Catholique* de s'exécuter. Le Tribunal civil de la Seine débouta *l'Action Française* par ce motif que l'on ne pouvait analyser l'offre de *La Vie Catholique* qu'en « une promesse de donation et cela d'autant plus qu'il s'agissait de verser les fonds... à la caisse de propagande de *l'Action Française* ». Promesse de donation qui devait être tenue pour nulle, n'ayant pas été rédigée en la forme authentique.

Nous ne voulons pas retenir ici cette argumentation que M. le professeur Trasbot a justement critiquée. « La souplesse de la notion de donation, écrit-il ⁴, permet parfois certains abus, on

1. Voir les auteurs cités : Costiner, pp. 22 et 23.

2. Sur la différence entre le jeu et le pari, Baudry-Lacantinerie et Wahl, XXIV, n° 13. Planiol, Ripert et Lepargneur, XI, n° 1200.

3. Seine, 29 janvier 1931, *Action Française* c. *Vie Catholique*, G. P. 6, 7, mai 1931.

4. *Rev. crit.*, 1933, 33.

l'invoque là où manifestement il n'y a pas donation. » Approuvant la solution en fait, nous ne pensons pas davantage que l'on puisse voir un acte *jocandi causa* dans cette promesse qui, étant acceptée, constitue un contrat. C'est la nature juridique même du contrat qui est en cause, et si la prétention de l'acceptant devait être repoussée, c'est pour d'autres motifs. M. Trasbot remarque que « *la Vie Catholique* ne s'était engagée que dans la mesure où elle était certaine que son engagement n'aurait aucune suite, autrement dit, elle n'avait point voulu s'engager, son acte était juridiquement inexistant ».

Nous ne pensons pas que les deux propositions soient solidaires. C'est à notre sens une formule trop large qu'induire de ce que le promettant espérait ne pas avoir à s'exécuter, son offre n'était pas sérieuse. C'est le lot commun de tous les débiteurs conditionnels d'espérer que leur engagement n'aura aucune suite, ou n'en aura que de favorables. Va-t-on plus généralement qualifier d'acte *jocandi causa* tous les contrats aléatoires, sous prétexte que le débiteur espère bien que la condition ne donnera pas ouverture au droit du créancier. Ce motif n'a aucune influence sur la réalité de la volonté. Juridiquement la volonté est bien effective ¹ et l'engagement doit produire ses effets encore que dans la pensée des contractants ils ne soient qu'éventuels, ou qu'ils soient même redoutés. Le tribunal l'a bien vu lorsqu'il constate qu'il y a un « défi » lancé à l'*Action Française* par le promettant, mais il le repousse sans plus, ainsi que « les parties en ont d'ailleurs convenu ». Or il est de jurisprudence constante que la qualification d'un acte par les parties ne lie pas le juge. Celui-ci a un pouvoir souverain pour interpréter leurs conventions ² et rechercher dans leurs stipulations ce qu'elles ont voulu.

Tous les éléments de la convention de pari nous semblent réunis. D'une part il y avait offre par *La Vie Catholique* et celle-ci avait été acceptée par l'*Action Française*, ce qui constitue le consentement, d'autre part l'événement mis *in conditione* était bien absolument indépendant « de la volonté et du fait des parties » ³.

Dira-t-on qu'il n'y avait pas pari parce qu'« il n'y avait pas réciprocité d'engagement » ? Nous ne le pensons pas car bien que le paiement en numéraire soit unilatéral le contrat n'est pas moins synallagmatique. Rien n'empêche que l'objet de l'obligation de l'une des parties soit stipulé en monnaie, et l'objet de l'obligation de l'autre partie en un fait.

1. En ce sens et pour le pari en particulier. Manenti. *Arch. Giurid.*, t. 56, p. 547 et suiv.

2. Civ. Rej., 25 janvier 1909, D. P. 1909, 1, 291. Civ. Rej., 25 mai 1909, D. P. 1910, 1, 216. Civ. Rej., 4 novembre 1913, D. P. 1917, 1, 139.

3. Baudry-Lacantinerie et Wahl, XXIV, n° 13.

4. Trasbot. *Op. cit.*

C'est le type de l'obligation *do ut facies*. L'identité d'objet des obligations réciproques n'est nulle part requise. L'aléa est bien différent de l'objet. Ce sont les chances de gain et de perte, chances qui doivent être réciproques et que chaque partie considère comme un « équivalent ». L'appréciation toute subjective de cette équivalence fait que celle-ci est requise d'une façon moins absolue dans les contrats aléatoires ¹. Si elle vient à manquer complètement dans le pari, ce sera par un événement postérieur à la formation de la convention ; sans influence sur sa formation même. La convention est valablement formée, si, se plaçant à l'origine, les parties ayant supputé leurs chances de gain et de perte, les ont considérées comme équivalentes, quoi qu'elles ne le soient pas en fait, la différence trouvant sa justification dans l'aléa couru ². C'est ce que dit l'article 1104. Cette prise en considération de l'aléa constitue la « cause » du contrat aléatoire.

Aussi nous semble-t-il que les parties avaient bien eu l'intention de contracter un pari. Il n'est pas difficile de comprendre pourquoi d'ailleurs, elles ont écarté ce caractère devant le tribunal ; c'eût été se fermer le prétoire (art. 1695) ³. Mais une simple dénégation ne suffit pas et ne dispensait pas le tribunal de rechercher quelle avait été la commune intention des parties.

Remarquons d'ailleurs que si telle était l'intention des parties, elle ne s'était pas réalisée en fait. Car précisément l'aléa n'existait pas au moment de la formation du contrat.

Nous avons dit que le promettant ignorait l'erreur du *Courrier de Genève* alors que l'*Action Française* la connaissait, mais « n'avait pas à la relever » ainsi que le remarque le Tribunal. L'engagement quoique sérieux était donc nul pour absence de cause ⁴ et avec lui le contrat dont il avait voulu provoquer la conclusion ⁵.

§ 2. — *Déclaration de Command* ⁶

44. — La clause de déclaration de command encore appelée faculté d'élection d'ami est une clause qui réserve à l'acquéreur la

1 et 2. Planiol, Ripert et Esmein, VI, n° 254.

3. Une doctrine considérable (Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, n° 85 Planiol, Ripert, XI, n° 1205), considère le refus d'action en exécution ou en répétition qu'édicté l'article 1965 comme une application de la théorie des obligations naturelles (art. 1235, al. 2). Comp. Theodoresco, *Th. Paris*, 1931, p. 79, qui considère le jeu et le pari comme source d'une véritable obligation civile. Nous préférons y voir une application de la règle « Nemo auditur propriam turpitudinem allegans ». L'action en justice est refusée, pour décourager ceux qui ont conclu un pacte immoral (en ce sens, Ripert « Règle morale », 2^e éd., n° 26 et 198. Savey-Cassard « Le refus d'action pour cause d'indignité », *Th. Lyon*, 1930, n° 39.

4. C'est ce que dit l'article 1974, pour la constitution d'une rente viagère.

5. V. d'ailleurs Trasbot. *Loc. cit.*, p. 34.

6. Foucault. De la vente avec déclaration de command. *Th. Paris*, 1893, Maguero. Traité alph. de l'enr., 2^e éd., 1909. V° Command. Buttgenbach : *Les contrats de porte-fort et les déclarations de command en droit civil et en droit fiscal*. Bruxelles, 1935.

faculté de se substituer, dans un certain délai, une personne qui deviendra acquéreur en ses lieu et place, lui-même étant réputé n'avoir jamais été acquéreur.

La loi¹ attache, sous certaines conditions, des conséquences d'ordre fiscal aux ventes et adjudications faites sous cette modalité. Il semble bien que la cause de déclaration de command puisse être introduite dans tout autre contrat translatif². Elle n'en doit pas moins répondre à certaines conditions dites supplémentaires exigées par les lois fiscales. Cependant c'est surtout en raison des effets fiscaux qu'elle est utilisée en pratique.

Nous en rappelons très brièvement les conditions de validité : la réserve doit être mentionnée expressément dans l'acte de vente³. Dans l'hypothèse où la vente n'est pas constatée par écrit, la réserve sera faite verbalement. La loi fiscale n'apporte aucune restriction à ce principe.

La déclaration doit intervenir et être acceptée par un command capable, dans le délai qui est quelquefois prévu par les parties. Ce délai est réduit à vingt-quatre heures par la loi fiscale⁴.

La déclaration est en outre, mais au point de vue fiscal seulement, soumise à deux autres conditions :

1° La déclaration doit être faite par acte public (acte administratif ou notarié);

2° La notification de la déclaration est obligatoirement adressée à l'enregistrement.

Effets et nature juridique.

45. — Ces conditions étant réunies il s'agit d'en expliquer les effets. Ces effets diffèrent suivant le parti que prendra le command. Si pour une raison quelconque : expiration du délai, renonciation expresse ou tacite, laquelle pourra s'induire de la constitution de droits réels⁵, l'option n'est pas levée dans le délai convenu, l'acquéreur voit son droit de propriété définitivement consolidé. Si l'option est au contraire exercée, le command est réputé avoir acquis directement du vendeur. Le bien entre dans

1. Loi du 22 Frimaire, an VII, art. 65, § I, n° 24, art. 69, § 5, n° 4, art. 69, § 7, n° 3. Loi du 28 avril 1816, art. 443.

2. Ce point n'est pas douteux quant aux effets civils, au point de vue fiscal et en raison de l'interprétation restrictive des textes en cette matière, les opinions sont partagées. Dans le sens de l'extension : Maguero, n°s 4, 5. Dans le sens restrictif : Foucault, p. 75, et les autorités citées de part et d'autre.

3. Jugé cependant que la réserve serait efficace alors même que le procès-verbal d'adjudication ne reproduirait pas la clause expressément prévue par le cahier des charges.

4. Sur les difficultés que peut soulever la combinaison du délai de vingt-quatre heures de la loi de Frimaire avec celui des trois jours accordés aux avoués pour leur déclaration d'adjudicataire, v. n. Appleton D. P. 1895, 2, 337. V. aussi Civ. cass., 1^{er} février 1854, S. 1854, 1, 266.

5. En ce sens Baudry-Sagnat. Vente, n° 182, et autorités citées.

son patrimoine exempt de toutes charges du chef du commandé.

Quel que soit d'ailleurs le parti que prenne le commandé, il importe de remarquer que le vendeur a perdu la propriété. Seule la personnalité de l'acquéreur change. Le transfert de propriété s'opérant en droit français par le seul effet de consentement l'accord de volonté s'est donc produit utilement. Sans doute la propriété du commandé est-elle résoluble. Mais ce n'est qu'une simple éventualité. Dire au surplus que le droit du commandé sera consolidé définitivement après l'échéance du délaisans que la déclaration soit intervenue, c'est reconnaître qu'il existait antérieurement.

Puisqu'il y a eu transfert, on peut affirmer qu'il y a eu concours de volontés juridiques, c'est-à-dire, consentement réel et sérieux. La seule question douteuse est alors celle de savoir si la volonté du commandé s'est manifestée *proprio nomine* ou en qualité de représentant *alieno nomine*.

Qu'il y ait eu transfert effectif du droit de propriété, cela résulte encore du droit reconnu au commandé de grever le bien acquis de droits réels, et même de le vendre sans déclaration ¹. Ce droit a été nié, mais par un raisonnement qui nous paraît être une pétition de principe. De ce que le command doit transmettre le bien sans modification, et tel qu'il l'a acquis, comment, dit-on, le ferait-il s'il le grevé de droits réels ? On a répondu que cette obligation ne diminue en rien le droit de propriété du commandé ². Les droits consentis aux tiers le sont sous la même condition que celui de leur auteur. La résolution du droit principal entraînera celle des droits accessoires, au cas où par exemple une hypothèque aurait été constituée.

46. — La reconnaissance de la propriété intérimaire du commandé n'est pas une constatation négligeable car elle va nous servir à repousser une opinion qui tient la déclaration de command pour un cas de simulation. P. Glasson considère en effet cette clause comme un cas où « la loi permet formellement la simulation ³ », ce serait sans doute un cas de « simulation légale ».

Il convient d'examiner la raison invoquée par cet auteur pour qualifier de simulée l'acquisition ainsi réalisée. « Celui qui se porte acquéreur, écrit-il ⁴, à ce moment reconnaît positivement qu'il ne faut pas lui attribuer cette qualité. » Nous ne voyons pas où l'auteur peut trouver pareil aveu du commandé alors que nous venons

1. Sauf à interpréter ces actes comme renonciations tacites à la faculté de déclarer command, mais ces actes ne peuvent être admis que comme présomptions.

2. Foucault. *Op. cit.*, p. 47 et les auteurs en sens contraire, cit., n. 1.

3. Glasson. *Op. cit.*, p. 152, v. aussi Demogue, I, p. 259, n. 1.

4. Glasson. *Op. cit.*, p. 162.

de constater que celui-ci était effectivement propriétaire. Nous croyons que l'analyse vraie de l'intention des parties doit au contraire conduire à une constatation inverse.

47. — Du côté du vendeur, celui-ci ne connaît au moment du contrat qu'une seule personne. C'est à elle qu'il vend, c'est sa personnalité et son crédit qu'il prend en considération. Sans doute par la stipulation il a accepté l'éventualité d'une substitution. Mais sa volonté de transférer ne doit pas être suspectée. Elle s'affirme au contraire si, comme il est fréquent, la réserve stipulée s'accompagne d'une clause par laquelle le vendeur se réserve l'agrément de la personne substituée.

Quant à l'acquéreur, dire qu'il ne faut pas lui attribuer cette qualité, c'est oublier que la réserve d'élection d'ami, n'est qu'une faculté et non pas une obligation. Il ne se substituera un tiers que s'il le veut et s'il trouve un second acquéreur qui accepte. En attendant le concours de volonté s'est produit, « la vente est parfaite » (art. 1138).

Ce n'est pas la loi qui répute le commandé acquéreur au cas de défaillance de la condition résolutoire. Ce serait là, une sorte de sanction pour inexécution d'une obligation. Mais ce serait aussi envisager la situation à rebours puisque le commandé est acquéreur *ab initio*¹ et qu'il le reste après échéance du délai lorsqu'en particulier il n'a pas usé, pour une raison quelconque, d'un droit qui lui est strictement personnel.

Au surplus dans l'opinion qui voit ici un acte simulé, l'acte apparent serait sans doute possible, la qualité d'acquéreur prise par le commandé ; la contre-lettre étant alors la déclaration que fait celui-ci dans le délai convenu. Nous demandons alors comment, après avoir défini la contre-lettre « convention... qui modifie en tout ou partie les dispositions du contrat apparent² » on peut considérer la faculté d'élection d'ami comme un acte déguisé, alors que d'autre part on reconnaît, ce que nul ne songe à contester, que « la déclaration de command ne change pas... la convention primitive ». Il y a là une contradiction qui tient à la fragilité de la position de départ. La déclaration de command n'est pas une contre-lettre parce que précisément l'acquisition n'est pas apparente mais bien effective, ainsi que nous l'avons admis³. Ainsi sur le seul terrain de l'interprétation nous croyons devoir repousser l'assimilation proposée. Nous aurions pu en vérité placer l'étude de cette institution dans l'examen que nous avons précédemment entrepris

1. C. A. Buttgenbach. *Les contrats de porte fort et les déclarations de command en droit civil et en droit fiscal*, Bruxelles, éd. Bruylant, 1935.

2. Glasson, *op. cit.*, p. 65.

3. V. une explication différente : Aubry et Rau, XII, § 756 *bis*, texte et note 4.

de l'élément « volonté ». Le caractère nécessaire de l'intention de tromper nous apparaîtra encore mieux après ce rapide examen de la déclaration de command.

En admettant en effet que le commandé fût un prête-nom, qui veut-on tromper ? Serait-ce le vendeur ? L'achat avec faculté de déclarer command peut être utile au cas où l'acquéreur définitif utilise ce procédé dans la crainte que le vendeur ne lui consente pas des conditions qu'il juge intéressantes. Dans cette hypothèse les parties pourraient songer au mandat, le commandé agissant en qualité de mandataire. Mais cet emploi ne lui serait ici d'aucun secours ; car le mandataire est tenu de faire connaître ses pouvoirs à son cocontractant. S'il ne le fait pas le contrat de vente n'est pas formé, car il n'y a pas eu accord des volontés, le mandataire n'ayant pas eu pour autant l'intention d'acquérir *proprio nomine*. Dès lors si le vendeur est bien autorisé à considérer son cocontractant comme lié envers lui, il importe de remarquer que c'est en quelque sorte, à titre de réparation de la fraude commise envers lui. Mais nous sommes alors en dehors de la théorie de la vente dont la déclaration de command n'est qu'une modalité.

Devant cette insuffisance de la théorie du mandat qui s'avère au surplus dangereuse pour le résultat cherché, les parties recourront alors à la déclaration de command, mais on ne peut plus dire que le vendeur soit trompé ou abusé. Il a connu la possibilité de substitution de l'acquéreur puisque ainsi que nous l'avons rappelé, la réserve doit être expressément formulée lors de la vente qui ne sera conclue que si le vendeur accepte l'éventualité d'une substitution. Toute possibilité de tromperie est donc exclue¹ et exclut avec elle jusqu'à l'intention car le vendeur peut encore se protéger plus efficacement par l'insertion d'une clause d'agrément du command.

Sera-ce l'acquéreur qui sera trompé ? Pour comprendre comment la question peut se poser il faut abandonner l'hypothèse généralement envisagée. Les auteurs considèrent presque toujours la vente avec déclaration de command, comme étant celle où l'acquéreur lui-même stipule la faculté de se substituer un tiers². Cependant si l'hypothèse est fréquente elle est loin d'être générale. Non moins souvent, en effet, la faculté d'élire command au lieu d'être réclamée par l'acquéreur, lui est proposée par le vendeur³. C'est le cas notamment des ventes publiques d'immeubles dans lesquelles préalablement à la vente est dressé, soit obligatoirement s'il s'agit

1. En ce sens Larombière, art. 1321, n° 15. Baudry-Lacantinerie et Barde, IV, n° 2, 389. Demolombe, XXIV, n° 312.

2. Avec notre définition donnée *supra*, n° 44, comp. celle de M. Pilon « Essai d'une théorie de la représentation dans les obligations », *Th. Caen*, 1898, p. 90 et Madray « La représentation en droit privé », *Th. Bordeaux*, 1931, p. 218 et les auteurs cités.

3. V. l'espèce de Toulouse, 5 février 1894, D. P. 1895, 2, 1, n. E. Glasson.

de ventes judiciaires, soit facultativement en cas de vente amiable, un cahier des charges. Celui-ci est alors dressé à la requête du vendeur ou de ses ayants causes, qui intéressés à ce que la vente s'effectue dans les meilleures conditions, offrent à l'acquéreur éventuel la possibilité de se substituer un tiers. La clause étudiée ici est, en raison des faveurs fiscales qui y sont attachées une des mesures que peuvent faciliter l'adjudication. Il nous semble impossible de parler à la fois d'exécution d'un mandat par le commandé et d'intention de tromper le vendeur puisque c'est lui qui la propose. Serait-ce alors l'acquéreur qui serait trompé ? Pas davantage car il aura connaissance de l'origine du bien par la représentation de l'acte de vente ou, en matière immobilière par le registre des transcriptions. Que lui importe d'ailleurs, puisque nous le répétons il l'a valablement acquis du commandé qui doit être considéré comme *verus dominus*.

Dans cette hypothèse la théorie du mandat ou de la représentation est insuffisante. On ne peut parler d'un mandat qui serait un mandat de vendre, donné par le vendeur au commandé. Celui-ci n'est jamais obligé de faire la déclaration alors que le mandataire est tenu d'exécuter. Les auteurs sont alors obligés, décomposant la vente en deux périodes de faire appel à une notion de « représentation conditionnelle ¹ » dans laquelle la condition serait la déclaration du nom du command. Cette décomposition est artificielle et ne fournit toujours pas d'explication satisfaisante au cas où la clause émane du vendeur, car elle conduirait à dire que le vendeur s'engage sous condition à considérer le commandé comme représentant, alors qu'il est un tiers par rapport à la déclaration de command et que les effets de la représentation ne peuvent pas davantage naître de la seule volonté unilatérale du représentant.

Toujours est-il qu'en admettant l'idée de mandat ou de représentation conditionnelle, on reconnaît, par là même, la réalité de la propriété du commandé pendant la période intermédiaire qui va de la vente à la déclaration, ce qui ne saurait être dans l'hypothèse de mandat déguisé. Ainsi l'analyse ne nous paraît pas, en tant qu'explication générale, satisfaisante. Le commandé peut sans doute être mandataire, mais ce sera alors une question d'espèce et non plus une hypothèse véritable de déclaration de command en général ². La plupart du temps il ignore son prétendu mandant et en outre ce même mandant peut ne pas accepter, alors que le mandant est tenu de ratifier les actes accomplis dans la limite du mandat. Le commandé peut changer de command au

1. Madray. *Op. cit.*, p. 220 qui la repousse d'ailleurs.

2. La faculté résultant pour les avoués de l'article 703 C. de Proc. Civ., n'est pas une hypothèse de déclaration de command, mais une déclaration d'adjudicataire. En ce sens Planiol, Ripert, X, n° 267. Glasson et Tissier, IV, p. 622. V. Grenoble, 21 mai 1895, D. P. 1895, 2, 367, n. J. Appleton.

cas de refus, ce que ne saurait faire un mandataire véritable. Cette possibilité de refus par le représenté d'entrer dans un rapport juridique préexistant est un des points de distinction de la représentation et de la stipulation pour autrui ¹. Que l'on ne dise pas qu'au cas de stipulation pour autrui, le stipulant et le promettant peuvent modifier à leur gré l'étendue des droits du bénéficiaire. Cela n'est vrai en principe que jusqu'à l'acceptation du tiers, cela est vrai également dans notre hypothèse. La faculté d'élection d'ami oblige à transférer le contrat sans modification. Toute modification ultérieure à la déclaration serait inopérante ici également.

Cette théorie permettrait peut-être de voir dans la vente avec déclaration de command, une application de la stipulation pour autrui, idée qui n'avait pas encore pris le développement que la doctrine et la jurisprudence contemporaines lui ont donné lorsqu'elle fut présentée par quelques auteurs ². Notre but n'étant pas de faire la théorie de la déclaration de command nous croyons avoir démontré que celle de mandat déguisé devait être repoussée pour des raisons propres à la notion de simulation, les seules que nous ayons à retenir ici.

SECTION II. — L'intention de tromper est suffisante.

48. — « La science juridique, remarquait M. Josserand ³ est faite de nuances bien plus que de contrastes, nuances délicates dont la dont la réalité prête parfois à discussion. » Il n'en est peut-être pas de plus fuyante ni de plus discutable que celle qui sépare la simulation de la fraude.

Nous connaissons à présent les éléments constitutifs de l'acte simulé, et nous pouvons le définir : « Un acte qui, à la suite d'un accord entre les parties, ne correspond pas, en tout ou en partie à leur intention réelle et cela dans le but d'abuser les tiers. » Nous avons essayé de montrer que cette intention de tromper était de l'essence de la simulation. Son absence, dans toute manifestation de volonté, intentionnellement différente de la volonté réelle, fait de celle-là un acte *jocandi causa*. Nous croyons en outre possible d'établir une distinction entre cette intention de tromper et la fraude.

Rappelons tout d'abord que l'acte simulé peut produire certaines conséquences de fait indépendamment de toute idée de protection de la bonne foi des tiers.

C'est ainsi que l'aliénation fictive de la chose léguée peut être interprétée comme révocation tacite du legs ⁴.

1. Cf. notamment Madray, *op. cit.*, p. 181.

2. Championnière et Rigaud. Traité III, p. 145 et s. ; Toullier, VIII, p. 251.

3. Chr. D. H. 1930, 21.

4. Savatier. Observations critiques sous Besançon, 19 janvier 1929. *Rev.*

D'autre part la vente d'un bien de la succession, quoique fictive, pourra être retenue comme acceptation tacite de la succession, le vendeur apparent ayant fait acte d'héritier ¹.

Enfin c'est encore par une recherche d'intention et sans recours à la notion de fraude que doit être résolue la question de savoir si la dissimulation de la donation, soit à l'aide d'une interposition de personnes, soit à l'aide d'un déguisement, équivaut à une dispense de rapport ². Dans ces diverses hypothèses les intéressés ont pu exercer le droit d'option que leur confère l'article 1321 du C. c. indépendamment de toute idée de fraude et par le seul fait de l'existence d'une situation apparente.

Il importe d'ailleurs d'éviter une confusion. Nous précisons que la simulation étant prouvée ³, celle-là seule ayant à être prise en considération par le juge, toute qualification supplémentaire de fraude est indifférente à l'existence de la simulation. Ce n'est pas que nous prétendions que toute pensée frauduleuse soit absente de l'intention des simulateurs. Il n'y a pas contradiction de motifs de la part d'un arrêt à reconnaître qu'un acte frauduleux est en même temps fictif ⁴. On retrouvera au contraire, le plus souvent, cette pensée coupable mais elle peut aussi être absente et l'on cite couramment l'exemple d'une personne, qui pour se soustraire aux sollicitations de ses héritiers aliène fictivement ses biens à un ami. « Il y a donc simulation et simulation observe M. Josserand ; parmi les mensonges juridiques il en est qui sont condamnables, voire criminels, d'autres qui rentrent dans la catégorie des péchés véniels, tandis que certains sont indifférents à la morale et que d'autres procèdent d'un raffinement de délicatesse et d'un scrupule de conscience ⁵. »

Il nous suffit, qu'il existe un exemple qui ne puisse entrer dans notre définition pour que, dès lors, nous soyons contraints de l'en rejeter. Il en est ainsi de la fraude. Si celle-ci est de la nature de la simulation elle n'est pas de son essence, car si l'intention frauduleuse est indifférente à notre notion elle interviendra en d'autres circonstances, notamment quant aux moyens de preuve. Aussi serait-ce confondre la preuve des actes juridiques avec leurs conditions d'existence que de comprendre la fraude parmi les éléments

Trim., 1929, 1136. En sens contraire. Ferrara *Simulazione*, p. 246. Japiot, *Th. citée*, p. 670, n. 1.

1. Cession fictive de droits successifs. Lyon, 11 juillet 1908, D. P. 1910, 2, 100 et sur pourvoi Civ. Rej., 11 avril 1911, D. P. 1913, 1, 423.

2. Pro. Liège, 7 mars 1906, Pas. 1906, 2, 234, contra Req., 19 octobre 1903, S. 1904, 1, 40. Sur la question, v. Planiol, Ripert et Vialleton et les autorités citées en sens divers, IV, n° 579.

3. Il ne peut s'agir que de celle-ci. Jusqu'à ce que cette preuve soit rapportée, *o* est due au titre.

4. Req., 29 décembre 1909, D. P. 1911, 1, 284.

5. Josserand. *Mobiles*, n° 193.

nécessaires à celle-là. Faisant application de l'adage « *fraus omnia corrumpit* », l'article 1353 C. c. admet la preuve par témoins et présomption contre les actes attaqués : « pour cause de fraude ou de dol. » Aussi est-ce à titre accessoire et, ainsi qu'on l'a écrit ¹, pour « faciliter » la preuve de la simulation que le grief de fraude pourra être retenu. Mais c'est bien là une qualification supplémentaire qui n'ajoute rien à la notion même.

Alors que les auteurs du XIX^e siècle ² à la suite de notre ancien droit assimilaient fraude et simulation les auteurs modernes tout en reconnaissant que les arrêts retiennent volontiers la condition de la fraude déclarent que celle-ci n'a rien de nécessaire.

Au surplus, peut-être faudrait-il préciser ce que l'on entend par fraude dans les actes juridiques ³. La difficulté surtout étudiée en ce qui concerne la « *fraus creditorum* » parce qu'on trouvait dans une longue tradition historique les matériaux suffisants à un travail de synthèse, est aujourd'hui à peu près applanie. Elle subsiste par contre sur d'autres points et la jurisprudence attache d'importantes conséquences à la notion de simulation en fraude à la loi.

Simulation et fraude paulienne.

49. — Dira-t-on que l'acte simulé est passé en fraude du droit des créanciers ? Les deux notions ne nous semblent pas nécessairement liées, car à l'époque où l'acte simulé a été passé le contractant pouvait ne pas avoir de créanciers. Hors des hypothèses où les créanciers peuvent faire valoir l'exception de prévision frauduleuse ⁴, vont-ils donc être démunis de toute protection ? La jurisprudence ne l'a pas admis, car elle permet d'attaquer par l'action en déclaration de simulation l'acte incriminé, non seulement aux créanciers postérieurs à cet acte, mais encore elle déclare dans une formule plus générale que : « Toute personne intéressée est admise à établir la simulation d'un acte qui a pour effet de porter atteinte à des droits reconnus par la loi ⁵. » Pour nous en tenir à l'hypothèse des droits de créance, remarquons qu'il s'agit d'un acte qui devient frauduleux par le fait d'événements postérieurs. « *Ex post facto* » écrivait dès 1857 le premier auteur qui se soit, à notre connaissance, préoccupé d'établir la distinction entre les actes simulés

1. H. Desbois, *Thèse*, p. 38.

2. Demolombe, XXV, n° 235. Bedarride, III, p. 997.

3. V. G. Ripert. *Recherche d'une définition de la fraude. Règle morale*, n° 168 et s.

4. Sur cette exception, v. Grouber. De l'action paulienne en droit civil français contemporain, *Th. Paris*, 1913, ch. II, n° 46.

5. Civ. 2 avril 1924, D. P. 1926, 1, 31. Dans le sens rapporté au texte, voir en dernier lieu Civ., 11 avril 1927, S. 1927, 1, 262. Cf. également la formule de Req. 3 novembre 1932, D. P. 1932, 1, 481 et les observations de M. Demogue, *Revue Trim.*, 1933, 111.

et frauduleux ¹. Nous ne pouvons mieux faire que de citer ici ses propres paroles : « Au moment où ils (les créanciers postérieurs) agissent, il n'est pas question de fraude. Tout ce qu'on peut dire, c'est que le fait du débiteur de se porter défendeur à l'action en déclaration de simulation constitue de sa part une intention frauduleuse. Mais il faut remarquer que ce n'est pas cette intention ou fraude qui sert de base à l'action des créanciers, puisque cette intention ne peut apparaître que lorsqu'ils ont agi ². »

La simulation « pure et simple » peut devenir frauduleuse ce qui prouve que le caractère frauduleux est un élément accidentel. L'acte simulé n'en existait pas moins antérieurement ³.

Dès lors nous observerons après M. Grouber que si l'acte « in fraudem creditorum » est celui qui « au moment de la passation.. apparaît comme immoral ⁴ » cette immoralité est réprimée plus sévèrement lorsqu'il s'agit d'un acte simulé. Que l'on rattache le droit des créanciers au caractère frauduleux de l'acte ou à la condition du préjudice ⁵ il n'en reste pas moins certain que l'action paulienne s'attaque à un acte dont la licéité objective est certaine, seul le mobile psychologique, jugé coupable, le rend répréhensible. Culpabilité qui traditionnellement est limitée aux créanciers antérieurs et dont la sanction est, malgré l'emploi fréquent du terme, non pas la nullité, mais l'inopposabilité ou inefficacité partielle qui ne joue qu'à l'égard des personnes protégées en laissant subsister l'acte à l'égard des parties ⁶. Culpabilité dont au contraire sont rendus indemnes tous les intéressés même postérieurs ou conditionnels ⁷ par une jurisprudence éminemment libérale. Les victimes de l'apparence pouvant au gré de leurs intérêts, mais peut-être alors sous des conditions différentes ⁸ s'en tenir à l'acte apparent, il y a alors inopposabilité de la nullité, soit invoquer la convention réelle, il y a alors inopposabilité de la validité des contre-lettres.

Cette jurisprudence libérale s'inspire d'avantage des besoins de sécurité que des termes de la loi.

1. Varambon, *Rev. Prat.*, 1857, t. I, 347 s.

2. Varambon, *Art. cit.*, p. 353.

3. Cf. en doctrine italienne, la controverse Messina (*Riv. dir. com.*, 1907, I, 511 s.). Ferrara (*Ibid.*, 1908, I, 554 s.)

4. Grouber, n° 59, p. 110.

5. Les deux conceptions ne sont pas inconciliables. Cf. Planiol, Ripert, Raoult VII, n° 930. Nast, note D. P. 1933, 2, 97.

6. Sur les caractères distinctifs de la nullité et de l'inopposabilité. V. D. Bastian. « Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité », *Th. Paris*, 1929, notamment en ce qui concerne notre problème, p. 203 s. Adde Planiol, Ripert et Esmein, VI, n° 280. Esmein : « La fraude dans les actes juridiques », *Rep. Prat. Not. Art.*, 23, 398 et 23.409, spécialement nos 26, 27, 28. Hubert. notes au S. 1931, 1, 361 et S. 1932, 1, 97. Nast, note au D. P. 1931, 1, 81. *Rev. crit.*, 1930, 534. Note anonyme au D. P. 1929, 1, 131.

7. Cf. Planiol, Ripert et Esmein, VI, n° 344. Aubry et Rau, IV, § 313, n. 48ter.

8. Cf. Planiol, Ripert et Esmein, VI, n° 338, p. 467, texte et notes 3 et 4.

L'article 1321 du C. c. dit en effet que les contre-lettres valables entre les parties « n'ont pas d'effet contre les tiers ». Ces derniers mots qui auraient pu s'interpréter comme restreignant l'efficacité des contre-lettres au cas où un préjudice actuel est causé aux tiers, ne l'ont pas été ainsi. La nécessité du préjudice¹ ou de la fraude² si on ramène la seconde de ces notions à la première, n'est pas requise. Un créancier qui trouverait encore des biens disponibles dans le patrimoine de son débiteur ne s'aviserait pas d'engager une action en déclaration de simulation. Quant aux tiers acquéreurs de bonne foi, ayants cause du propriétaire apparent, il ne peut s'agir que d'un préjudice futur. Préjudice néanmoins certain si la revendication de verus dominus était admise à leur encontre. L'organisation technique de la protection de ces divers intéressés confère à l'action de simulation un caractère préventif que nous ne pouvons que signaler ici³.

Très souvent d'ailleurs, la mise en scène de la simulation n'a pas les suites que ses protagonistes en escomptaient. Ordinairement destinée à frauder une catégorie de tiers, c'en est une autre qui est prise au piège. Tel débiteur sous le coup des poursuites de ses créanciers aliène ses biens à un prête-nom qui lui-même les vend à un sous-acquéreur ou les grève de droits au profit de ses propres créanciers. Faudra-t-il pour réprimer cette simulation distinguer suivant que cette sous-aliénation avait été concertée ou non entre le propriétaire et le prête-nom ? Ce serait rendre singulièrement précaire, la protection qu'a voulu le législateur en écrivant l'article 1321. Cette distinction aboutirait la plupart du temps à priver de toute sécurité les tiers acquéreurs, aussi la jurisprudence ne la fait-elle pas⁴.

1. Civ. Cass., 8 mars 1893, D. P. 1893, 1, 243. Bordeaux, 5 mars 1896, Rec. Bordeaux, 1896, 1, 241. Tissier, n. S. 98, 1, 225. Gabolde, D. P. 1929, 2, 68. Contra Limoges, 20 janvier 1905, D. P. 1905, 2, 127.

2. « Il est certain... que la contre-lettre doit rester sans effet à l'égard de tous ceux qui ont intérêt à l'écartier sans qu'il y ait à rechercher si, au moment où elle a été faite, elle a eu pour but de leur nuire ou de les tromper... » Tissier, note précitée. *Rapp. Pic.* D. P. 1929, 1, 25 (1^{re} col.). Demogue, VII, n° 1142. Planiol, Ripert et Esmein, VI, n° 344.

3. Ferrara, *Simul.*, p. 340, s. a consacré à cette question qui touche surtout au droit procédural de précieux développements. Pour le savant auteur, l'action en déclaration de simulation doit être classée parmi les actions dites : « déclaratoires ». Ces actions ont donné lieu à une abondante littérature que l'on trouvera notamment : in Chiovenda, *Principi di proc. civile*. Naples, 1923, p. 131 et s. Saggi, I, ch. 1, § 8 et 13. *Studi in on. G. Ch. Chiovenda*, p. 173, s., 651 s. Fr. Invrea : *Interesse e azione*. *Riv. dir. Proc. civ.*, 1928, 320.

Pour le droit français, cf. Japiot, *Th. précitée*, p. 430 et s. Lepaulle « Le droit français connaît-il des actions en vue d'établir un droit ? » *Rev. Trim.*, 1934, 773 s. G. Mulheisen, « Les jugements déclaratoires en Alsace-Lorraine », *Rev. Trim.*, 1934, 781 s., et en dernier lieu, Ch. Gignoux : « Les actions préventives, étude de droit positif français ». *Lib. gén. de droit*, 1935, spécialement n° 120.

4. V. espèces de Paris, 5 juin 1905. S. 1907, 2, 273; n. Wahl, Nîmes, 16 mai 1927, D. P. 1929, 2, 68, n. Gabolde.

Simulation et fraude à la loi.

50. — Mais, nous objectera-t-on, cette impossibilité de déterminer *a priori* les victimes d'un acte frauduleux n'est pas propre à la simulation. Cette fraude porte un nom dans notre droit, c'est la fraude à la loi. La simulation est un moyen de fraude à la loi, on parle alors de simulation en fraude à la loi.

C'est en effet cette différence que les auteurs posent à la base de leur distinction de l'acte in fraudem creditorum ¹. Nous ne pouvons ici que rappeler ce que l'on entend par « fraude à la loi ».

L'expression qui se trouve déjà dans les textes du Droit romain ² « se ramène toujours à l'adaptation consciente et volontaire de moyens licites en soi à des fins contraires au commandements, ou aux interdictions de la loi ³ ». Cette finalité illicite ou immorale étant, dans la thèse subjective, le critère qui permettra de frapper l'acte incriminé ⁴. La définition même adoptée par les tenants de la théorie objective fait ressortir la différence de point de vue. Les actes « in fraudem legis », écrit M. Ligeropoulo ⁵ sont : « des procédés licites en soi... qui dans l'état actuel de la législation positive ont toute l'apparence de la régularité et qui pourtant permettent d'arriver à faire ce que la loi défend, ou à ne pas faire ce que la loi ordonne. » Ce qui sera répréhensible dans cette conception, ce sera, non pas « la cause » ou l'intention frauduleuse, mais le résultat obtenu. Nous n'avons pas à prendre partie dans cette controverse qui, du reste ne nous semble pas réfractaire à une conception de conciliation. Que l'on rattache en effet la théorie de la fraude à la loi, à celle de l'abus du droit ⁶ ou à celle de la cause immorale ⁷ ou illicite il faut toujours pour que l'acte in fraudem soit répréhensible que l'abus ou l'intention soit jugée « illégitime » c'est-à-dire que l'on ait éludé l'observation de la loi « dans le cas où on avait le devoir de la respecter » ⁸.

51. — Ces quelques notions rappelées, peut-on parler de simulation en fraude à la loi ? La doctrine est divisée. L'examen rapide des diverses opinions fera ressortir l'intérêt de la question.

Pour Aubry et Rau, l'expression de simulation en fraude à la loi est courante, mais l'influence de cette fraude n'est pas toujours

1. Cf. H. Desbois. « La fraude à la loi et la jurisprudence française », *Th. Paris*, 1927, n° 12. Ligeropoulo. « Le problème de la fraude à la loi ». *Th. Aix*, 1928, n° 18.

2. Paul Dig, I, 3, 29 ; voir encore Dig, 24, 0, 64.

3. Desbois, n° 1, p. 11.

4. Desbois, n° 6 et les auteurs cités. M. Desbois se défend d'ailleurs d'adhérer intégralement à la théorie purement subjective, n° 8, p. 37.

5. Ligeropoulo, n° 13.

6. Arminjon, Clunet, 1921, 63. Ligeropoulo, *Th.*, p. 149, Demogue, I, n° 343.

7. Desbois, *loc. cit.*, et les auteurs cités.

8. G. Ripert. *Règle morale*, n° 176, *in fine*.

identique. Les savants auteurs écrivent en effet : « Hors de ces trois cas auxquels seuls il peut y avoir lieu d'appliquer la maxime : Plus valet quod agitur quam quod simulatur, l'allégation de la simulation doit être écartée comme non relevante ¹. » Des trois cas cités le premier seul nous intéresse ici, car il s'agit précisément de celui où la fraude à la loi aurait eu pour but de soustraire une convention... « à la nullité, à la révocation ou à la résolution qui devait l'atteindre sous sa véritable nature ». Il en serait ainsi d'après ces auteurs et les intéressés pourront faire valoir ces diverses causes d'inefficacité dans les conventions suivantes :

1^o Souscription d'une lettre de change pour une dette de jeu ². La fraude aux dispositions de l'article 1965 aura pour effet de laisser subsister l'exception de jeu ³.

2^o Le contrat pignoratif ⁴ en fraude aux lois sur la limitation du taux de l'intérêt et aux dispositions prohibitives du pacte commissoire (art. 2078 et 2088) qui rendra admissible la preuve par témoins et par simples présomptions ⁵.

3^o Le déguisement de la donation ⁶ qui n'empêchera pas l'application de l'article 922 du C. c. sur la révocation pour cause de survenance d'enfants ⁷.

4^o Le déguisement de la donation ⁸ en fraude aux prescriptions de l'article 922 du C. c. qui n'empêchera ni de la comprendre dans la masse de calcul en vue de la réduction ⁹ ni de l'assujettir à cette réduction alors que les « libéralités indirectes résultant des conventions intéressées passées avec le défunt » y échapperont ¹⁰.

D'autres auteurs, avec plus ou moins de nuances, dénie toute utilité à la notion de « simulation en fraude à la loi ». Il y aurait là, rien moins qu'une « inelegantia juris » sinon une inexactitude. Mais ces auteurs, quoique aboutissant à des conclusions sensiblement analogues quant à la qualification de la simulation, utilisent des arguments diamétralement opposés. Il importe de les distinguer.

52. — Le premier groupe d'auteurs tient ferme la distinction de fond entre l'acte simulé et l'acte frauduleux. Il convient de citer

1. Aubry et Rau, I, § 35, texte et note 11. Note qui, d'ailleurs, renvoie à deux hypothèses où la simulation produit des effets propres : 1^o au § 632, texte et note 17, la dispense virtuelle de rapport attaché aux donations déguisées ; 2^o au § 659 texte, lettre C et note 25, la validité des donations déguisées.

2. I, § 35, texte et note 5.

3. T. VI, § 386, texte et note 11.

4. I, § 35, texte et note 5.

5. T. VI, § 396, texte et note 59, 60, p. 119, 122.

6. I, § 35, texte et note 6.

7. XI, § 709, texte et note 6, p. 390.

8. I, § 35, texte et note 7.

9. XI, § 684, texte et note 11.

10. XI, § 684 *ter*, texte et note 1, p. 60.

avant tous autres Ferrara, qui s'est attaché à cette distinction¹, et dont la majorité de la doctrine italienne a accepté la démonstration, tout au moins sur ce point². Lorsque le sujet de droit laissé libre de choisir entre plusieurs moyens juridiques modifie ou change son état de fait, il y a fraude à la loi, si cette modification réalisée est contraire, non à la lettre de la loi, auquel cas il y aurait « violation de la loi », mais à son esprit. Le changement de situation juridique peut donc être un moyen de fraude à la loi. Mais il ne saurait en être de même du déguisement de cette situation. L'acte simulé, parce qu'il ne correspond pas à la volonté réelle, n'apporte qu'une modification apparente, et ne peut donc servir de moyen de fraude. « Enlevé le voile de l'apparence l'acte apparaît dans sa réalité, et s'il est illicite il y aura violation de la loi, et non fraude à la loi » et l'auteur pose cette formule bien connue : « La simulation n'est pas un moyen pour éluder la loi, mais pour en cacher la violation³. »

En France, M. H. Desbois déclare donner à cette conclusion « une approbation sans réserve⁴ ». M. Ligeropoulo pense également que « ce cas de simulation en fraude à la loi sera très rare⁵ ». M. Planiol a montré que ce n'était pas la fraude qui exerçait quelque influence sur l'acte caché. Celui-ci ne produit ni plus ni moins d'effet qu'il n'en aurait produit s'il avait été fait ouvertement. « Il en est ainsi dans les cas nombreux où la simulation sert à commettre une fraude... dans tous les cas de ce genre, bien que la simulation soit frauduleuse, ce n'est pas elle qui est la cause de la nullité. Si l'acte se trouve nul, ce n'est pas parce qu'il est simulé c'est parce qu'il existe une raison particulière de l'annuler⁶. » Ainsi en cas de donation à un incapable, la donation est nulle, non à raison de la simulation mais à raison de l'incapacité du donataire.

Les exceptions à l'irrelevance de la simulation n'en seraient pas en réalité⁷. La simulation est licite ou illicite.

53. — D'autres auteurs aboutissent à des conclusions semblables mais par une démonstration toute différente, qui déborde d'ailleurs le cadre de la seule simulation en fraude à la loi pour s'attaquer au concept même de fraude à la loi. Dans cette théorie cette dernière notion est en quelque sorte absorbée, dans les applications que les

1. *Simulazione*, 5^e éd., p. 70 et suiv., *Negozi fiduciari in Melanges Scialoja*, 1905, t. II, p. 743 s.

2. Comp. Bonfante, *Riv. dir. com.*, 1906, I, 189.

3. *Sim.*, p. 70.

4. p. 43.

5. p. 34, n° 2.

6. *Traité élémentaire*, II, n° 1191. Adde les auteurs précités, notes 1 et 2, p. 55.

7. Nous faisons ici, bien entendu, abstraction de l'interprétation jurisprudentielle, qui attache des effets propres à la simulation. Nous les signalons à l'occasion de chaque étude particulière. Il s'agit de savoir si cette interprétation « n'ajoute » pas aux prescriptions légales.

auteurs précédents lui trouvaient, par celle de simulation. Étudiant le problème de « la notion de fraude et ses divers cas d'application pratique », M. le professeur Esmein s'est arrêté sur les différents sens de mot « fraude ¹ ». Après avoir dégagé deux premiers sens : intention frauduleuse ² et dissimulation simple ³, il en vient à la dissimulation opérée par le moyen d'un acte juridique.

A côté de la dissimulation réalisée par contre-lettre, l'auteur retient sous la même qualification le cas où « le résultat qu'on veut atteindre est bien procuré par l'acte ostensible, sans que des modifications ou additions secrètes soient nécessaires... tel est le cas où un prêt usuraire est dissimulé sous l'apparence d'une vente à réméré consentie par la personne à court d'argent, suivie d'une location qui lui est faite par son acheteur ⁴ ». Dans cette hypothèse où « certains ne veulent pas voir des actes de dissimulation sous prétexte que la simulation supposerait un acte secret annulant ou modifiant un acte ostensible », l'auteur affirme au contraire que « c'est encore une simulation que l'emploi d'un acte juridique en vue de réaliser une situation dont un acte juridique différent est le générateur normal auquel, on n'a pas pu ne pas songer ».

Selon l'auteur « il faut réunir toutes les manœuvres décrites, qu'elles comportent ou non un acte secret ⁵ sous la dénomination de simulation. Les unes et les autres comportent bien une dissimulation, synonyme de simulation dans la langue courante ».

Dans cette opinion, comme dans la précédente, la simulation sera inefficace, si elle est illicite. Étant bien entendu « que c'est pour ce cas qu'il faut réserver le mot fraude terme péjoratif, qui, en droit, doit désigner seulement un acte illicite. »

Mais il est évident « qu'alors, le mot fraude à la loi n'a plus de sens, car toute fraude pour être sanctionnée doit constituer une violation de la loi ⁶, sinon elle n'est pas juridiquement une fraude ». Le concept de fraude à la loi doit être rejeté « comme une source de confusion ⁷ ».

1. *Rep. Gen. prat. du Notariat et de l'Enregistrement*, art. 23.398, n° du 15 mai 1933 et art. 23, 409, n° du 30 mars 1933.

2. Art. 23, 398, n° 1.

3. Art. cit., n°s 2, 3, 4.

4. Art. cit., n° 5 B.

5. Nous pensons également avec l'auteur que ce n'est pas le seul caractère secret ou non d'un acte qui peut lui donner le caractère de contre-lettre. Mais nous ne pensons pas pour autant que l'exemple choisi soit, en toute hypothèse, un cas de simulation ainsi que nous le verrons bientôt.

6. C'est bien ce qu'admettent les théoriciens de la fraude à la loi, mais ils ajoutent que c'est une violation indirecte. Ligeropoulo, p. 149. Ferrara, p. 70. Violation qui, dans la théorie subjective résulte du but visé, et dans la théorie objective du résultat obtenu, et dont M. Esmein ne nous semble pas si éloigné lorsqu'après avoir déclaré que la fraude se confond avec l'illicéité, il reconnaît que pour la détermination de cette illicéité « la véritable difficulté de la matière consiste... à décider si le but visé est ou non illicite », n°s 6, v. n° 21, 22.

7. L'auteur lui reconnaît cependant une certaine valeur « descriptive » dans quelques cas. Voir n° 13, *in fine*.

La jurisprudence ne s'est pas toujours arrêtée à ces distinctions et l'expression de simulation en fraude à la loi n'est pas, par les conséquences qu'elle y attache une simple querelle de mots. C'est par là qu'elle nous intéresse et pourquoi nous devons à cette place en entreprendre l'analyse. C'est en raison du caractère frauduleux de certaines opérations où elle a cru voir une simulation, qu'elle les a frappées de nullité totale. Nous aurons à rechercher dans quelle mesure cette sévérité particulière ajoute aux textes légaux.

Cette jurisprudence nous permettra en outre de compléter nos notions sur l'acte simulé et l'acte indirect, ainsi que sur la notion de simulation et de fraude à la loi. Peut-être pourrons-nous constater alors que, pour les cas analysés ¹ « l'expression de fraude à la loi n'est qu'une formule tendancieuse visant comme celle de l'abus de droit à multiplier les restrictions à la libre activité des individus ² ».

Quelques exemples de simulation dite en fraude à la loi.

54. — La distinction entre les notions de fraude et de simulation, ayant déjà été faite dans le domaine des libéralités ³, nous groupons ici certains contrats à titre onéreux auxquels la jurisprudence par une appréciation sévère attache des effets dirimants. Nous nous consacrerons à l'étude du contrat de vente à garantie indirecte, dont la nature et les effets ne sont peut-être pas encore définitivement fixés ni en doctrine, ni en jurisprudence.

Des ventes à but indirect de garantie.

55. — Le contrat de vente peut-il réaliser un contrat de garantie ? La réponse semble devoir être négative car le transfert de propriété qui est le but économique de ce contrat en est également la cause juridique. La consultation des recueils de jurisprudence révèle pourtant que l'aliénation d'une chose au créancier ou la rétention du droit de propriété par ce même créancier est d'usage assez fréquent. On peut croire sans crainte d'erreur que de telles opérations sont voulues par les contractants parce qu'elles réalisent leurs buts économiques et donnent satisfaction à leurs intérêts respectifs. La question est de savoir si de telles opérations sont juridiquement possibles.

Nous avons déjà signalé ce conflit entre l'économique et le juridique. Les opérations envisagées ici en sont une manifestation. Quelque soit le sentiment que l'on puisse avoir sur l'utilité de ces

1. Nous ne nions pas l'utilité de cette théorie dans d'autres domaines, notamment en droit international privé.

2. Planiol, Ripert et Esmein, VI, n° 347.

3. Savatier, note précitée, D. P. 1932, 1, 169, qui met en particulière lumière l'influence de la première de ces notions dans l'application des peines du recel ou dans la sanction des incapacités.

opérations il ne nous serait pas difficile de citer d'autres exemples où la règle de droit s'est assouplie au contact des nécessités. Nous pensons à la pratique du double legs conditionnel que la jurisprudence valida lorsque furent dissipées les craintes qu'avaient suscitées les substitutions. Dans le même domaine les règles minutieuses du partage édictées par le Code civil, désastreuses au point de vue économique, furent évitées par les clauses insérées par les testateurs. Et l'on peut s'étonner de la sévérité de la jurisprudence, qui annulle, non sans hésitations d'ailleurs, la clause d'attribution du fonds de commerce. Il ne faut pas regretter ces conflits, grâce à eux s'élabore le droit, il en sort plus vivant et partant plus utile. Dans la période d'élaboration les intérêts s'affirment et s'adaptent et lorsque le législateur intervient, il ne lui reste souvent plus qu'à faire siennes les solutions acquises.

Ces nouvelles formes juridiques ne vont pas d'ailleurs sans quelques inconvénients. Elles peuvent entre les mains de gens peu scrupuleux constituer de nouveaux instruments de fraude. Ihering, à propos du titre au porteur, a écrit que les dangers qu'il pouvait faire courir au débiteur ne devaient pas cependant faire oublier les services rendus par ce merveilleux instrument de crédit. Il suffit que le juge décèle la fraude pour faire régner la justice sans pour cela condamner en bloc l'opération.

Les ventes à but indirect de garantie sont issues de ce conflit, que nous voulons rapidement retracer ici. Avec une fortune inégale d'ailleurs, elles ont été soumises à l'appréciation des tribunaux. Suspectées de simulation lors de leur apparition, ce grief ne peut plus être aujourd'hui retenu dans sa généralité. Le « hiatus » entre l'économique et le juridique, parce qu'il est aujourd'hui partiellement comblé par la loi, nous permettra d'affirmer qu'il ne s'agissait souvent que d'une conception économique de la simulation, qui précisément parce qu'économique et non pas juridique, a été progressivement abandonnée par les tribunaux et a pu recevoir sa consécration législative. Cet examen nous permettra d'affirmer que la notion de simulation économique n'est pas consacrée par la jurisprudence dans ses manifestations les plus récentes.

Bien que ces ventes aient reçu des solutions différentes, leur but, la garantie du créancier est commun, et les arguments que l'on invoque pour l'une nous semblent avoir leur utilité pour l'autre. Cette identité de but nous a permis de les rapprocher, mais la différence qui les sépare encore, en législation, nous oblige à les tenir distinctes. Nous étudierons donc successivement la vente en garantie, ou vente location et la location vente.

§ 1. — *La vente location.*

56. — La vente location encore appelée vente fiduciaire est un contrat qui, abstraction faite des modalités de détail, se présente

généralement dans les termes suivants : Une personne désirant emprunter de l'argent aliène un bien au créancier, acquéreur, mais le prêt étant remboursable, elle se réserve la faculté de rachat pour l'époque où elle sera en mesure de le faire. L'opération jusqu'alors se présente sous les aspects bien connus de la vente à réméré, généralement analysée comme une vente pure et simple affectée d'une condition résolutoire qui est le remboursement du prix d'achat, faisant fonction de prêt. Il peut être stipulé que pendant la période intérimaire le créancier ne pourra pas aliéner avant la défaillance de la condition ¹, ou ne pourra aliéner que sous certaines conditions, par exemple, après signification au débiteur, et à défaut d'exercice de son droit de rachat. Le transfert de propriété au créancier peut encore, et cela, pour la protection du débiteur être affecté d'une condition suspensive cette fois ², du défaut de remboursement au terme convenu.

L'opération d'emprunt ainsi réalisée, porte fréquemment sur des instruments de travail ³, dont la mise en gage et la dépossession détruirait pour l'emprunteur toute l'utilité économique du crédit ainsi accordé. Nous verrons en effet que cette question qui semble avoir pris naissance, vers le milieu du XIX^e siècle, se rattache par son but économique à celle plus générale, de l'hypothèque mobilière. Aussi le terrain d'application de la vente en garantie, s'est-il restreint dans la mesure où la législation positive est venue successivement organiser cette hypothèque pour les meubles. Néanmoins il reste encore un vaste domaine, celui des titres de créance dans lequel la cession où le transfert en garantie est encore largement utilisé ⁴.

C'est de l'insuffisance de la loi que naquit la vente en garantie. Aussi le contrat de vente est-il toujours complété par une seconde convention aux termes de laquelle, le vendeur conservera la jouissance de la chose à titre de locataire, d'où la qualification complexe de vente location.

Appelée à interpréter ces conventions la jurisprudence a subi une évolution qui permet de distinguer deux périodes : distinction d'autant plus intéressante que les solutions adoptées dans chacune sont diamétralement opposées alors que négligeant les modalités de chaque espèce, il ne semble pas que les raisons de décider soient différentes. C'est cette circonstance qui nous permet une discrimination non pas rigoureuse, au point de vue chronologique, mais suffisamment nette pour apercevoir le point de rupture entre les solu-

1. La clause d'inaliénabilité étant ici temporaire n'est pas frappée de nullité.

2. Voir les espèces de : Req., 26 février 1856, D. P. 1856, 1, 116, Civ. 13 juillet 1891, S. 1892 1, 571.

3. V. l'espèce de Req., 11 mars 1879, D. P. 1879, 1, 401.

4. V. une hypothèse de vente à réméré portant sur des actions de sociétés. Trib. Com. Seine, 16 juin 1930, G. P. 9 septembre 1930. V. Guilhot : « Le transfert en garantie », *Sem. Jurid.*, 1929, 1171.

tions précédentes, et celles adoptées dans la période postérieure. Désormais l'opération sauf de rares dissidences est déclarée nulle par des motifs d'ailleurs variables que nous aurons à apprécier.

Première phase : jusqu'à l'arrêt de Req. 11 mars 1879.

D. P. 1879 1. 401.

57. — Un sieur Catros créancier des époux Flinn, avait pratiqué une saisie sur les meubles en la possession du débiteur. Or ces meubles avaient été par acte enregistré antérieurement vendus à un autre créancier, le sieur Blaise, mais l'acte de vente contenait la clause suivante : « Au moyen de la présente vente la délivrance des dits meubles et effets mobiliers a été faite immédiatement au sieur Louis Blaise qui s'en reconnaît saisi et en exécution de la présente vente M. L. Blaise déclare donner à loyer à M. et M^{me} Flinn, qui acceptent les meubles et effets mobiliers dont le détail précède, pour en jouir pendant six mois à compter du 1^{er} février prochain, à raison de 100 francs par mois... »

L'espèce est intéressante car elle est absolument typique du contrat de vente en garantie. Toutes les clauses sont stipulées au grand jour d'un acte enregistré, pas un instant on ne songe à arguer de simulation l'acte de vente. Cependant les machinations des parties ne paraissent pas plus ténébreuses que dans d'autres espèces où par la suite on a cru voir une simulation.

La Cour d'appel de Rennes et sur pourvoi la Chambre des Requêtes le 24 juin 1845 ¹, annullent la saisie portant sur des meubles dont la propriété a été valablement transmise, quoique sans délivrance (art. 1583 C. c.) et la Cour Suprême décide que : « cette double convention est sérieuse, que la créance du défendeur sur ses vendeurs, n'est pas contestée, que le prix d'achat n'est pas critiqué, qu'il ne résulte aucun indice de dol ou de fraude contre cet acquéreur... »

A quelques mois d'intervalle deux arrêts de la Chambre civile de la Cour de cassation rompent délibérément avec la jurisprudence des anciens parlements, qui, en vue principalement de pourchasser l'usure, annulaient comme entachés d'impignoration, les contrats de vente à réméré, lorsque les trois conditions suivantes étaient réunies : 1^o Vileté du prix de vente ; 2^o Faculté de rachat stipulée au profit du vendeur ; 3^o Relocation in instanti au vendeur. Ces conditions paraissent bien avoir été nécessaires et suffisantes ².

Le premier arrêt de la Chambre civile adopte ³ l'appréciation

1. D. P. 1845, 1, 309. Catros c/Blaise.

2. V. Merlin. *Question de droit*, V^o Pignoratif (contrat)

3. Civ. Cass. (mais sur un autre point), 23 décembre 1845, D. P. 1854, 1, 422.
1^o espèce Poteau c/Caillaut.

de la Cour d'appel d'Orléans qui, statuant comme Cour de renvoi après cassation, avait déjoué la mauvaise foi de débiteurs peu scrupuleux, qui regrettant sans doute leur premier geste arguaient d'impignoration déguisée la vente à réméré de leur immeuble. Le caractère sérieux de la vente est affirmé en ces termes : « Attendu que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi entre les parties qui les ont faites... que si, dans le bail consenti dans le même acte aux époux Poteau, vendeurs, il a été inséré une clause à la fois pénale et résolutoire du droit de réméré en cas de non-paiement du prix du bail, cela ne peut changer la nature de la vente librement stipulée entre les parties... qu'en vain on voudrait attaquer cette vente comme n'étant en réalité qu'un contrat pignoratif déguisé. » Sans s'arrêter au fait que les impositions et les grosses réparations avaient été mises volontairement à la charge du locataire « comme condition de la faculté qui lui était accordée de rentier dans sa propriété », l'arrêt, après avoir rappelé que les anciennes présomptions sont devenues « sans portée » avec la validité du prêt à intérêt recherche, il est important de le noter car c'est surtout sur ce terrain que la question nous intéresse, si le contrat n'est pas alors atteint par l'article 2088 qui prohibe le pacte comissoire dans l'antichrèse. Et c'est dans le sens d'une interprétation restrictive de cette prohibition qu'il se prononce en déclarant que : « La condition résolutoire insérée au bail ne peut être assimilée au pacte comissoire et être régie par l'article 2088 du C. c. qui ne s'applique qu'au gage immobilier donné par antichrèse. »

L'acquéreur est devenu propriétaire au jour de la vente et loin de se prévaloir de ses droits de créancier gagiste c'est de son droit de propriété qu'il argue.

Même doctrine dans l'arrêt de rejet de la Chambre civile de la Cour Suprême du 22 avril 1846 ¹. Ici encore on peut induire que la vente avait été sincère et effectivement réalisée malgré la jouissance laissée au vendeur. Celui-ci s'était réservé la faculté d'opérer des ventes partielles des divers immeubles aliénés, ventes auxquelles l'acquéreur avait promis de concourir pour les valider.

Nous pensons que le vendeur à réméré n'aurait pas eu besoin du concours de l'acquéreur au cas où l'aliénation aurait été fictive. Étant resté propriétaire effectif, il eût pu aliéner sans le secours de personne. Pareille stipulation se comprend au contraire dans une vente réelle.

La Cour d'appel de Bordeaux, à la différence de l'arrêt précité de la Cour d'appel d'Orléans semble considérer comme nécessaire qu'il y ait « fraude à la loi prohibitive de l'usure pour qu'un contrat de vente à réméré soit considéré comme un contrat pigno-

1. D. P. 1854, 1, 422, 2^o espèce : Grassin c/Ravion.

ratif ». La Chambre civile de la Cour de cassation a rejeté le pourvoi qui relevait avec raison cette confusion, en déclarant que l'arrêt n'avait violé aucune loi « en jugeant que ces contrats étaient des contrats de ventes à réméré et non des contrats pignoratifs. » Ventes à réméré sincères qui échappent par là même, c'est-à-dire parce qu'elles opèrent transfert hic et nunc du droit de propriété, aux prohibitions des articles 2078 et 2088 du C. c. qui s'appliquent, l'un au contrat de gage, l'autre au contrat d'antichrèse, contrats de garantie qui ne sauraient transférer la propriété à leur bénéficiaire. Par ce raisonnement implicite la Chambre civile repousse le grief du pourvoi.

C'est encore en faveur de la sincérité de la vente que la Cour Suprême se prononça dans deux arrêts ultérieurs dont la fermeté de doctrine doit être d'autant plus soulignée que la nature juridique de l'opération qui semblait définitivement fixée sera brusquement abandonnée par la suite.

La Chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt de rejet en date du 29 août 1849 ¹ décide qu'était pleinement efficace la dation en paiement, à titre de sûreté, des produits à percevoir d'une concession de péage. Conformément à la doctrine moderne ² qui enseigne que la condition suspensive n'affecte pas la naissance de l'obligation, mais en retarde seulement l'exécution, le Tribunal civil de Vienne et la Cour d'appel de Grenoble avaient jugé que la cession était une véritable vente ou, pour reprendre les propres termes du jugement, « un bail de paiement » et qu'à ce point de vue il importe peu que cette vente soit soumise à une condition suspensive ». La Cour de cassation, complétant sa doctrine antérieure, fit sienne cette opinion en considérant que « si le dit acte paraissait avoir eu pour but la sûreté et la garantie du prêt... les caractères essentiels du nantissement à savoir : la remise actuelle d'un objet à titre de simple gage ou de dépôt, ne se rencontrent pas dans la stipulation ; que l'on y voit au contraire, en termes formels une cession entière du droit de péage, c'est-à-dire le transfert pour en disposer pleinement d'une chose ou d'un droit utile moyennant la somme prêtée par le cessionnaire, le dit transport subordonné au cas où cette somme ne serait pas acquittée par le cédant ».

Après avoir déjoué sur le terrain des articles 2078 et 2088 du C. c. la mauvaise foi des débiteurs, la Cour de cassation dans un arrêt de sa Chambre des Requêtes en date du 26 février 1856 ³, semble vouloir les décourager définitivement en repoussant l'argument tiré de l'article 742 du Code de Procédure civil. Cet article qui prohibe la clause dite de voie parée, annule « toute convention

1. D. P. 1849, 1, 272, Monneton et Debarre c/Blanc.

2. Colin et Capitant, II, p. 163 et 164.

3. D. P. 1856, 1, 116. Puech c/Viguiet.

portant qu'à défaut d'exécution des engagements pris envers lui, le créancier aura le droit de faire vendre les immeubles de son débiteur, sans remplir les formalités prescrites pour les saisies immobilières ». C'est parce qu'il y a promesse synallagmatique de vente, obligatoire pour le vendeur, que la Chambre des requêtes après la Cour d'appel de Montpellier rejeta le moyen tiré de l'article 742 du Code de Procédure civile. « Cet article, lisons-nous dans l'arrêt de la Cour d'appel, introduit par les législateurs dans l'ensemble des dispositions réglementaires des formes de la saisie immobilière, a eu pour unique objet d'interdire la mise en vente des immeubles par les créanciers, suivant des formes différentes, lesquelles pourraient ne pas offrir les mêmes garanties de publicité et de libre concurrence... mais il n'est question de rien de pareil dans la convention soumise à la Cour, laquelle n'a pas pour but et pour effet une mise en vente d'immeubles, mais une vente promise et effectuée, moyennant un prix et des conditions volontairement stipulés entre des parties libres et majeures... »

A la même doctrine se rattachent encore deux arrêts de la Chambre des requêtes des 2 juillet 1856 ² et 14 janvier 1873 ³. La réalité du contrat de vente n'est pas affectée par les aménagements que peuvent y introduire les parties, notamment par la stipulation que la chose vendue restera aux risques du vendeur pendant un certain délai postérieur à la vente ¹ ou que le vendeur à réméré aura droit à la totalité des fruits pendant le délai, moyennant un prix fixé en bloc à l'avance ². Il s'agit en réalité d'une « vente fiduciaire ³ » dans laquelle nous verrons que la notion de sûreté peut intervenir au point de vue économique, mais qui n'en reste pas moins juridiquement une vente, alors d'ailleurs que l'on constate que les acquéreurs s'étaient engagés à rétablir le vendeur dans sa propriété après le remboursement de la dette, ce qui implique bien pour le moins, qu'il l'avait antérieurement perdu ⁴.

Deuxième phase.

58. — En rapportant un peu longuement les espèces précédentes nous avons voulu montrer à la fois les diverses modalités que pouvaient présenter dans la pratique les ventes en garantie, et rechercher sur quel raisonnement juridique s'était appuyée la Cour Suprême pour déjouer les manœuvres des débiteurs. Le principe, maintes fois rappelé, est celui de la liberté des conventions (art. 1134) et de la force obligatoire du consentement. Placé en face d'un contrat de vente la jurisprudence recherche les raisons qu'ont eues les

1. D. P. 1856, 1, 427. Bonté Barbe c/Mazurier.

2. D. P. 1873, 1, 185. De Damas c/Pages et Ipcher. V. le rapport du conseiller Guillemard qui souligne qu'il n'y a rien là « de plus légitime..., de plus prévoyant »

3. Ripert. *Droit maritime*, II, n° 1031.

4. Req., 2 juillet 1856, précité.

parties de contracter valablement, les motifs qui les ont poussés à ne pas simuler. La présomption est en faveur de la sincérité ¹.

Dans la deuxième période la présomption va être renversée. Les Cours d'appel s'attachent désormais à rechercher dans ce contrat des présomptions de simulation. Aux clauses, quelque peu contradictoires, nous le reconnaissons, mais dont la conciliation avait paru possible en égard au but recherché par les parties, la jurisprudence, par une interprétation reconnue souveraine ², va substituer la notion de gage déguisé. En outre grâce à l'introduction nouvelle de la notion de fraude à la loi, les arrêts, sauf quelques dissidences ³, renchérissant sur les dispositions des articles 2078 et 2088 qui édictent la nullité de la seule clause de pacte comissoire, vont frapper la convention de nullité totale. Nullité de la vente simulée, non voulue par les parties, nullité d'une prétendue convention de gage qui serait voulue par les parties, mais nulle faute de mise en possession du créancier (2076) ou faite en fraude des dispositions des articles 2078, 2088 ⁴. Il convient toutefois de signaler que la seule fois où la Chambre civile ait eu à se prononcer ⁵ ce fut pour valider le pacte comissoire dans une hypothèse particulière, continuant ainsi sa jurisprudence antérieure d'interprétation restrictive de la prohibition édictée par l'article 2088 C. c.

Avant d'entreprendre l'examen des objections juridiques qu'ont soulevé les ventes en garantie, il convient de nous arrêter quelque peu aux arrêts de la Cour Suprême qui nous paraissent caractéristiques de la tendance nouvelle. Le premier arrêt de la Cour de cassation est celui précité de la Chambre des requêtes du 11 mars 1879 ⁶. Decaux fabricant de tulle désirant se procurer au moyen du crédit les capitaux nécessaires aux besoins de son industrie, alors en plein essor dans la région du Nord, ne possède que ses métiers à tisser à offrir en garantie à ses créanciers. Ainsi que cela est encore fréquent dans certaines corporations artisanales ⁷,

1. V. une application très nette dans Civ. Rej., 22 avril 1846, précité, D. P. 1854, 1, 422 (2^e espèce).

2. Req., 12 mars 1901, Daudet c/Boucher de Bernard, D. P. 1902, 1, 30. Crim-Rej., 18 novembre 1887, Josse c/M. P., D. P. 1888, 5, 523.

3. Req., 11 février 1885, D. P. 1885, 1, 447. V. aussi Grenoble, 13 novembre 1891, D. P. 1892, 2, 310.

4. Nancy, 5 mai 1867, Pinson c/Georges, D. P. 1867, 2, 95. Req., 11 mars 1879. Lowenstein Poloch et Cie c/faillite Decaux, D. P. 1879, 1, 401. Limoges, 18 juin 1888, D. P. 1889, 2, 240. Baleaud c/Vve Ribière. Paris, 18 avril 1889, Lacroix c/Cocharaud, D. P. 1890, 2, 342. Rej., 30 juillet 1895, S. 1896, 1, 353. Bernheim c/Caujolle n. crit. Appert, Rap. du Cons. Lardenois. Req., 4 juillet 1904. Bouillé c/Chatenod, D. P. 1904, 1, 547. Rap. du Cons. Potier. Req., 3 novembre 1932, D. P. 1932, 1, 181. Cons. Bouleffkar c/cons. Ben Menia. Rap. du Cons. P. Dumas, v. cependant *contra*. Req., 10 mai 1880, Boyer c/Cavaignac, D. P. 1881, 1, 215.

5. Civ. Cas., 13 juillet 1891, S. 1892, 1, 571.

6. D. P. 1879. Lowenstein précité.

7. C'est ainsi que sont exploités de nos jours pour le travail du bois les ateliers

l'exploitation s'effectue dans des immeubles appartenant à un tiers dans lesquels des locaux sont aménagés où les tisseurs installent leurs métiers moyennant un certain loyer leur donnant droit à la fourniture de la force motrice et à quelques autres avantages. Mais, la Cour de Douai et la Cour de cassation refusent de reconnaître aux propriétaires des usines la qualité du tiers convenu détenant valablement (art. 2076), pour le compte du créancier les métiers, remis en gage et garnissant les lieux loués¹. Exiger la dépossession du débiteur c'est rendre l'emprunt inutile, car c'est le priver de son instrument de travail, qui lui permettra de rembourser. L'emprunteur recourt à la vente avec faculté de rachat. Le 1^{er} août 1877, Decaux vend trois métiers pour la somme de 10.000 francs aux sieurs Lowenstein et Cie avec faculté de réméré. Ces métiers sont estimés, il est vrai, 23.000 francs. Le même jour il s'en fait consentir la location, moyennant un loyer annuel de 600 francs. Le 25 octobre de la même année, date fixée pour le premier remboursement qui n'a pas eu lieu, les créanciers se font abandonner « gratuitement » la faculté de rachat. Le 6 septembre avait lieu la vente ferme, sans faculté de rachat, d'un quatrième métier conservé également en location. Faillite de Decaux. Revendication du sieur Lowenstein et Cie. Le tribunal de commerce de Calais estima que la vente du 1^{er} août constituait d'après les indices habituels (vileté du prix, relocation au vendeur, pacte de rachat) une vente simulée déguisant en réalité un prêt sur gage dont les conditions substantielles n'ont pas été observées. Mais il admit par contre la revendication du quatrième métier, objet de la vente du 6 septembre.

Sur appel, la Cour de Douai, le 10 juillet 1878, confirma la nullité de la première vente et l'étendit à la deuxième. La Chambre des requêtes par son arrêt du 11 mars 1879 confirma ce point de vue : « puisqu'il est constaté... que les créanciers n'avaient jamais été mis en possession effective des métiers à tulle... contrairement aux dispositions de l'article 2076 C. c. et de l'article 92 du C. de com.

Retrouvant les mêmes indices d'impignoration la Cour de Limoges le 18 juin 1888² annula l'acte de vente comme contenant un pacte commissaire et faisant fraude à la loi. Antérieurement la Cour de Nancy tout en invoquant également la simulation en fraude à la loi avait du moins, le 3 mai 1867, laissé subsister le prêt avec antichrèse³. Le 30 juillet 1895⁴ la Chambre des requêtes annule

qui composent à Paris la Rue des Immeubles industriels ; pour le travail des métaux, les cités industrielles de la rue Oberkampf, et la cité artisanale de Vincennes.

1. Req. 19 mars 1878, D. P. 1879, 1, 65.

2. D. P. 1889, 2, 240, Ballaud.

3. D. P. 1867, 2, 95, Pierron. V. aussi : Req., 2 juillet 1856. Req., 11 février 1885. Grenoble, 13 novembre 1891, précités.

4. Req. 30 juillet 1895. Bernheim c/Caujolle, S. 1896, 1, 353. Rap. du cons. Lardenois, n. crit., Appert.

comme violant l'article 1907, alinéa 2 aux termes duquel : « le taux de l'intérêt conventionnel doit être fixé par écrit », la convention par laquelle un emprunteur, vendeur à réméré de plusieurs parcelles de terrain, était convenu que le créancier resterait propriétaire incommutable d'une certaine parcelle qui était par là même exclue du réméré. Bien qu'en l'espèce, le vendeur se soit dessaisi de ses biens pendente conditione et que l'acquéreur ait mis en exploitation dans l'intervalle les terrains acquis (des mines en Nouvelle-Calédonie), la Cour d'appel de Nouméa jugea que la vente était fictive et que les parties avaient voulu réaliser un prêt avec antichrèse.

M. G. Appert a critiqué la solution admise par la Cour de cassation sur le terrain de l'article 1907, alinéa 2. Il nous semble en outre difficile de considérer, même dans l'interprétation de la Cour la détention qu'avait exercé le créancier comme assimilable à celle de l'antichrésiste. Nous avons dit que celui-ci avait mis en exploitation des terrains reçus à l'état brut.

Ni le débiteur comme cela était normal, ni la Cour d'appel n'ont cependant critiqué cette mise en exploitation. Or, il semble bien que quoique ayant des droits légèrement plus étendus qu'un usufruitier, l'antichrésiste n'ait pas le droit sauf stipulations contraires, « de faire d'innovations », l'usufruitier ne peut notamment entreprendre l'exploitation et à ce point de vue il semble bien qu'il faille lui assimiler l'antichrésiste¹. Pareille possibilité est au contraire normale, même pour le propriétaire sous condition résolutoire.

Sans doute après que le réméré a été exercé, la vente avec pacte de rachat ressemble étrangement à un prêt sur antichrèse, la vente à réméré est un instrument de crédit, mais ce ne saurait être un reproche à lui adresser. Ce ne sont que ressemblances et analogies de but final qui ne sauraient altérer le caractère juridique qui doit être apprécié *ab initio*.

On retrouve encore la même doctrine visant expressément une vente simulée en fraude à la loi pénale dans les arrêts de la Chambre des requêtes des 26 avril 1900² et 4 juillet 1904³. Sans avoir à apprécier directement le caractère de l'opération le 3 novembre 1932, la Chambre des requêtes se rallie implicitement à cette même doctrine⁴.

Nature juridique de la vente en garantie.

59. — Nous rechercherons la nature juridique de la convention en examinant successivement les raisons invoquées tant en doc-

1. Planiol, Ripert et Becqué, XII, n° 301, Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, n° 188 et 212.

2. D. P. 1900, 1, 547. Dandicolle c/Tricou.

3. D. P. 1904, 1, 547. Rap. du cons. Potier (Bouille c/Chatenod).

4. D. P. 1932, 1, 181. Cons. Bouleffkar c/cons. Ben Menia. Rap. de M. le cons. P. Dumas.

trine qu'en jurisprudence, soit en faveur de cette opération, soit pour en prononcer l'inefficacité.

Il nous paraît possible de réunir les diverses interprétations qui ont été données de ce contrat en trois groupes : Un premier groupe y voit une hypothèse de simulation en fraude à la loi, une autre opinion le retient comme simulation illicite. A l'opposé de ces conceptions nous trouvons enfin des auteurs qui, considérant l'opération comme réelle, la paralysent par un recours à la notion de fraude à la loi.

La notion de simulation en fraude à la loi ne nous paraît pas, dans la pensée même des auteurs qui y recourent¹ destinée à renforcer les sanctions de la dissimulation, car l'article 2078 C. c. n'annulerait que le pacte comissoire et laisserait subsister le prêt².

Les arrêts rapportés ci-dessus pour prononcer l'inefficacité totale invoquent, nous l'avons vu, d'autres arguments. La vente est nulle parce qu'elle est fictive, le nantissement parce qu'en fraude des prescriptions des articles 2076 et suivants du C. c.

Mais si on recherche quelle est la *fraus legis* ainsi réalisée, on remarquera que si l'acte simulé recouvre un acte illicite, la simulation en fraude à la loi se confond avec la violation de la loi. Le caractère fictif de l'aliénation étant démontré, le prêt sur gage apparaîtra en opposition ouverte avec les dispositions légales qui exigent la rédaction d'un écrit (art. 2074) et la mise en possession (art. 2076)³. Ce sera alors un des cas de simulation illicite dans lesquels elle doit être « entièrement inefficace ». On ne voit pas en effet comment on pourrait sans arbitraire, valider pour partie une opération illicite. Ce serait oublier que le prêteur n'aurait jamais fourni les fonds sans la garantie qu'il espérait trouver dans la convention. Les stipulations forment un tout indivisible, le prêt trouve sa cause dans la sûreté fournie. Celle-ci disparaissant, le prêt devient sans cause et doit être répété.

60. — Le premier terme de cette conception a été contesté par la doctrine moderne à laquelle il est apparu que les actes en fraude à la loi étaient susceptibles de constituer une catégorie juridique distincte. La confusion entre la simulation et la fraude à la loi doit être de nos jours évitée, et *a fortiori* l'emploi cumulatif des expressions simulation en fraude à la loi. Affirmer le caractère sérieux de

1. Aubry et Rau, VI, § 396, texte et note, 59, 60.

2. Aubry et Rau, *loc. cit.*, texte et note 56. V. arrêts cités *supra*, note 3, p. 68.

3. Mais non comme on le dit souvent avec celles des articles 2078 et 2088. Comparer à ce point de vue les motifs de Req., 11 mars 1879, D. P. 1879, 1, 401, qui invoque le défaut de mise en possession, et ceux de Nancy, 3 mai 1867, D. P. 1867, 2, 95. Paris, 18 avril 1889, D. P. 1890, 2, 342. Limoges, 18 juin 1888, D. P. 1889, 2, 240, qui invoquent la violation du pacte comissoire. V. au surplus, *infra*, n° 70.

4. P. Esmein, article cité, n° 6. Planiol, Ripert et Becqué, XII, n° 122.

la vente, pour retenir son caractère frauduleux suivant un critérium objectif, ce n'est pas « permettre par là de tourner les lois d'ordre public », ce qui serait « inadmissible ¹ », c'est au contraire rechercher un chef d'incrimination qui soit exact pour y proportionner une sanction équitable. La théorie de la fraude à la loi prétend poser non plus un problème d'interprétation de la volonté des parties, mais d'interprétation de la loi pour rendre inefficace un acte effectivement sérieux. Loin de favoriser l'illicite, les théoriciens de la fraude à la loi ont voulu au contraire lui forger de nouvelles armes dont « les restrictions à la libre activité des individus », qu'elles tendent à multiplier, ont paru à d'autres auteurs tendancieuses ² ou dangereuses ³ car elles peuvent aboutir à substituer le juge au législateur. Aussi faut-il les manier avec circonspection et n'y recourir qu'à défaut de tous autres moyens techniques ⁴. Nous devons donc examiner successivement le moyen tiré de la simulation et rechercher ensuite dans quelle mesure, la théorie de la fraude à la loi peut recevoir application, car, ainsi qu'on l'a dit « il est certain que la manœuvre décrite n'est inefficace que si le résultat visé est illicite ⁵ ».

A. — LA VENTE EN GARANTIE EST UN ACTE RÉEL VOULU

61. — Il suffirait à notre démonstration de reprendre les divers arguments qu'invoquait la Cour de cassation dans sa première phase, car il est bien probable que l'intention des parties qui recourent à cette opération n'a pas changé. Des diverses circonstances observées à l'occasion de chaque espèce, le motif essentiel retenu par la Cour Suprême nous l'avons vu, est le principe de la liberté des conventions qu'exprime l'article 1134 du C. c.

Nous rechercherons donc si cette volonté est sérieuse, en fonction des présomptions considérées comme caractéristiques du contrat pignoratif : Vileté du prix, relocation au vendeur, faculté de rachat. La réserve que pose le texte en limitant le principe aux seules conventions « légalement formées », nous amènera à rechercher par la suite si notre opération répond à cette exigence.

62. — Nous avons réfuté ailleurs l'assimilation qui est faite par la jurisprudence entre le prix vil ou dérisoire, et le prix fictif. Nous nous contenterons ici de renvoyer aux critiques qu'après d'éminents auteurs, nous avons cru pouvoir adresser à cette

1. P. Esmein, art. précité, *Rep. Prat. Not.*, n° 6.

2. Planiol, Ripert, VI, n° 345.

3. V. Bonfante, *Riv. Dir. Com.*, 1906, 1, 189.

4. Sur le caractère subsidiaire de l'action en fraude à la loi, v. Ligeropoulo et Aulagnon, *Rep. Prat. de Droit international privé*, V° « Fraude à la loi », n° 34.

5. P. Esmein, art. cité, n° 6. Rapp. Ripert, *Règle morale*, n° 176.

doctrine ¹. Ajoutons seulement que la différence entre le prix convenu et la valeur de l'objet peut ici s'expliquer par une constatation tirée des espèces mêmes. La propriété acquise par le créancier n'est pas toujours le droit réel caractérisé par ses attributs normaux : usus, fructus, abusus. Son droit est très fréquemment diminué par la convention. Le droit d'usage étant réservé au vendeur par la prise en location, le droit aux fruits pouvant être également réservé à ce dernier ², et la faculté d'aliéner pouvant être aménagée de diverses façons ³.

Une autre présomption qui fait généralement impression est celle tirée de la relocation au vendeur. Cette relocation trouve une explication suffisante dans le caractère utilitaire des objets vendus, mais en outre la présomption que l'on veut en tirer peut être combattue en droit. La Chambre civile de la Cour de cassation l'a fait ⁴ en adoptant les considérants de l'arrêt de la Cour d'Orléans, qui avait déclaré que la clause résolutoire « ne peut changer la nature de la vente ». Il est évident que le bail ne peut être considéré comme une contre-lettre à l'acte de vente. L'un et l'autre contrat n'engendrant pas les mêmes obligations, n'ont par conséquent pas le même objet et peuvent d'ailleurs être conclus entre personnes différentes ⁵. Il leur manque donc les conditions essentielles de toute contre-lettre.

Sera-ce dès lors le pacte de réméré ou « pactum de retroemendo » qui pourrait être considéré comme contre-lettre ? On l'a dit et l'on a qualifié de contrat pignoratif toute vente à réméré ⁶. Une telle doctrine est évidemment excessive et dangereuse car elle a conduit certains auteurs ⁷, à considérer comme simulée non seulement toute vente à réméré, mais toute opération de report qui, s'analysant en une vente au comptant suivie d'un rachat à terme, présente quelque analogie avec la première.

Sans doute n'est-ce pas non plus le caractère secret ou non du pacte de rachat qui peut le faire assimiler à une contre-lettre. Le caractère secret de celle-ci, s'il est de sa nature, n'est pas de son essence. La connaissance qu'ont pu en avoir les tiers ⁸ peut les

1. V. *Supra*, n^{os} 31 et s.

2. Req., 14 janvier 1873, précité.

3. V. Civ. Rej., 22 avril 1846, précité.

4. Civ. Cass., 23 décembre 1845, précité.

5. V. l'espèce de Grenoble, 13 novembre 1891, D. P. 1892, 2, 310. Bonnival c/Bamond, précité.

6. Bacquet. *Des droits de justice*, chap. xxi, n^o 234.

7. Houyvet. « Pacte de réméré et report », *Th. Paris*, 1874.

8. Ce qui serait généralement le cas dans la vente à réméré. Car le pacte de rachat doit obligatoirement, et fait toujours en pratique corps avec l'acte de vente. Argument des mots : « le vendeur se réserve » de l'article 1659. Cf. la note de M. Valéry s. Aix, 11 juin 1908, D. P. 1910, 2, 305. En Alsace-Lorraine, le pacte de rachat doit être transcrit. Cf. Planiol et Ripert, X, n^o 274.

priver de la protection légale parce qu'ils ne peuvent alors se plaindre du dommage volontairement subi. Mais encore faut-il qu'elle existe, et pour cela qu'on retrouve les caractères essentiels précédemment décrits, c'est-à-dire une déclaration de volonté, volontairement différente de l'intention réelle, divergence qui se manifeste en fait par deux actes dont l'exécution simultanée serait impossible. En d'autres termes et pour reprendre la définition classique, il faut que la contre-lettre « modifie » ou « annule » l'acte apparent.

63. — En l'absence d'acte semblable, la simulation est-elle possible ? M. le professeur P. Esmein tient pour l'affirmative tout en reconnaissant qu'en l'espèce il n'y a pas acte secret « annulant » ou modifiant un acte ostensible, ce qui pour nous implique que cet acte dit ostensible est voulu. Il écrit : « C'est encore une simulation que l'emploi d'un acte juridique en vue de réaliser une situation dont un acte juridique différent est le générateur normal, auquel on n'a pas pu ne pas songer¹. » Et plus loin : « Il faut réunir toutes les manœuvres décrites qu'elles comportent ou non un acte secret sous la dénomination de simulation. Les unes et les autres comportent bien une dissimulation, synonyme de simulation dans la langue courante. »

Nous convenons qu'en l'espèce il ne pourrait s'agir que de dissimulation c'est-à-dire de simulation relative dans laquelle un acte ostensible, la vente, dissimule un autre acte de nature différente, le nantissement ou le prêt qui par cela même est dit déguisé. Mais qu'il s'agisse de simulation absolue ou relative, dans l'un comme dans l'autre les traits essentiels se retrouvent. L'acte ostensible ne correspond jamais, en totalité au cas de simulation absolue, pour partie au cas de simulation relative, à la volonté réelle des contractants.

Dans l'opinion du savant professeur la simulation résulterait donc de la réalisation d'une situation qui serait normalement obtenue par un autre acte auquel les parties ont dû songer.

Nous croyons au contraire que la différence de situation est telle qu'elle n'aurait certainement pas pu être obtenue par l'acte prétendu « dissimulé ». La situation juridique de l'acquéreur sous condition, diffère totalement de celle des créanciers gagistes. C'est précisément pour avoir songé à cette forme juridique et en raison de leurs différences profondes que les parties ont adopté la première se refusant par là à un déguisement quelconque. Ce faisant, elles s'engagent et devraient être tenues, si la jurisprudence ne permettait trop souvent au débiteur de s'en libérer, à en supporter toutes les conséquences.

Différence de situation juridique telle, que les auteurs les plus

1. Article cité, n° 5.

modernes n'hésitent pas à écrire que le déguisement d'un contrat par un autre n'est pas possible « quand les deux contrats ne produisent pas le même effet ¹ ».

Le créancier gagiste est investi d'un droit réel d'une nature particulière, son privilège, dont il est trop facile de rappeler les caractères essentiellement différents de celui qui appartient à un acquéreur. Le créancier gagiste est titulaire du jus distrahendi qui lui permet de faire vendre l'objet et de se faire désintéresser sur le prix par préférence à tous les autres créanciers, mais il n'a aucun droit direct sur la chose. Il ne peut non plus disposer valablement du bien, sous réserve de l'application de l'article 2279, puisque le débiteur conserve le droit de propriété et les actions qui en découlent.

L'acquéreur en garantie dispose au contraire valablement de la chose, car il est seul et unique propriétaire. Nous admettons, sans pouvoir entrer dans les discussions auxquelles la question a donné lieu, que le vendeur à réméré n'est que simple créancier de la restitution et non pas un propriétaire sous condition suspensive ². Nous ne pouvons douter sur la foi d'une analogie très approximative ³ que l'acquéreur ait voulu très sincèrement être investi du droit de propriété que le vendeur a voulu réellement lui transférer.

Que l'acquéreur soit propriétaire pendente conditione, nous n'en voulons pour preuve que la jurisprudence de la Cour Suprême qui s'est occupée tout spécialement du problème envisagé ici. Notamment celle qui refusa aux créanciers du vendeur le droit de saisir les meubles vendus par celui-ci et détenus à titre de location ⁴, ou qui de deux cessionnaires successifs d'un meuble incorporel, déclare valablement saisi celui qui le premier a opéré la signification de l'article 1690 ⁵ encore que la délivrance n'ait pas eu lieu ; ou encore celle, qui malgré l'expression impropre ⁶ d'« exercice du privilège du créancier nanti » permet à l'acquéreur de réclamer à la succession de son vendeur le produit de l'adjudication de sa chose par préférence aux autres créanciers ⁷.

C'est pour avoir voulu trouver un gage déguisé qui n'était certainement pas, sauf exception, dans la pensée des contractants que la jurisprudence s'est engagée dans une voie, à notre avis, erronée.

1. Planiol, Ripert, XII, n° 81.

2. Planiol, Ripert, X, n° 190, p. 207, n° 2 et 3 et les auteurs cités en sens divers.

3. Analogie de résultat qui n'apparaît d'ailleurs qu'*ex post facto* quand le remboursement a été effectué.

4. Req., 26 juillet 1845, précité.

5. Civ. Rej., 29 août 1849, précité.

6. Ripert. *Droit maritime*, II, n° 1031.

7. Req., 2 juillet 1856, précité.

64. — Ce point de vue n'est d'ailleurs pas spécial à la jurisprudence française.

La jurisprudence des Cours d'appel et des anciennes Cours de cassation d'Italie était en ce sens ¹, mais elle soulevait la critique de la presque unanimité de la doctrine ² et ses arrêts les plus récents semblent s'orienter dans une voie différente ³. Il est intéressant de noter que sur ce point les articles 1884 et 1894 C. c. italien reproduisent les dispositions de nos articles 2078 et 2088 C. c.

65. — M. le professeur Niboyet à son cours signale ⁴ la même évolution dans la jurisprudence du Tribunal Fédéral suisse. Très enclin à prononcer la nullité de l'opération il le fit longtemps par un recours inexact à la notion de simulation. Mais le Code civil suisse de 1907 dans son article 717 stipule que : « lorsque celui qui aliène une chose la retient à un titre spécial, le transfert n'est pas opposable aux tiers s'il a eu pour but de les léser ou d'éluder les règles concernant le gage mobilier. Le juge apprécie. » C'est l'hypothèse célèbre en droit allemand, de la « sicherungsubereignung » ⁵. Remarquons qu'en autorisant le juge à le déclarer « inopposable » dans les hypothèses qu'il prévoit, ce texte suppose bien un transfert réel.

Depuis lors le Tribunal Fédéral suisse, ainsi que le lui permet le nouveau texte se prononce pour l'inopposabilité dans les seules hypothèses de fraude aux tiers ou de fraude à la loi, argumentation qu'il admet d'ailleurs assez difficilement. Et M. Niboyet conclut : « En droit il n'y a pas de différence entre les deux législations... mais de simples différences dans la pratique, au point de vue compréhension ⁶. »

Sur ce terrain il est certain que les mêmes besoins engendrent les mêmes procédés juridiques, et inspirent souvent aux juges les mêmes remèdes.

66. — Nous devons alors prévoir une objection que l'on ne manquerait pas de faire. Si l'opération est une vente ordinaire de droit commun, pourquoi parler de vente en garantie. A notre sens l'expression est nécessaire pour rendre un compte exact de l'opéra-

1. Ap. Catania, 15 avril 1910, Betti c/Mandarin, *Riv. Dir. Com.*, 1911, 2, 332, n. Pacchioni. Ap. Milan, 24 avril 1913, Pianta, *Riv. Dir. Com.*, 1913, 2, 711. Cass. Napoli, 23 février 1911, Zéoli c/Damiani, *Riv. Dir. Com.*, 1911, 2, 839, n. A. Giovene.

2. Voir les notes sous les arrêts ci-dessus, adde : Ferrara. *Sim.*, p. 73 et s. Rotondi, *Atti in frode alla legge*, Turin, 1911, p. 183 et s. Mirabelli. *Dirit. d. Terzi*, I, p. 607-608 ; contra Pestalozza, *Enciclop. Guir. it. V° Simul.*, n° 41.

3. Cas. Regno, 7 janvier, 1908 *Riv. Dir. Com.*, 29, II, 46, n. Brugi.

4. Niboyet. Cours de droit civil approfondi et comparé, années 1933, 1934. « Les sources des obligations en droit suisse », éd., *Les Cours de Droit*, p. 190 et s.

5. M. Ligeropoulo, *Th.*, p. 340 et s. V. aussi : *Rep. D. I. P.*, loc. cit.

6. Cours précité, p. 197.

tion, car la vente en garantie présente cette particularité de mettre en œuvre certaines règles de droit pour atteindre ultérieurement un but économique différent. C'est ce désaccord qui n'existe, nous tenons à y insister, qu'au seul point de vue économique, qui a longtemps fait prendre la vente en garantie pour une vente simulée. Il nous reste à préciser ce désaccord, nous hésitons même à écrire le mot, cette simulation économique.

Juridiquement, disons-nous, la vente en garantie est une vente et ne peut être que cela, car par le procédé d'une vente fictive les parties ne réaliseraient nullement un contrat de garantie, mais un simple prêt dépourvu de toute sûreté pour le créancier, contrat auquel celui-ci n'accéderait pas. La sûreté recherchée, gage ou antichrèse, serait nulle, faute de mise en possession. C'est ce que les arrêts analysés plus haut ont bien décidé mais en négligeant à tort, pensons-nous, le caractère effectif de la vente. Il est probable que devant cette impossibilité juridique les parties, éclairées par leur conseil, se contenteraient de conclure un simple prêt à intérêt.

L'article 1583 du C. c. exige pour qu'il y ait vente valable, le consentement, une chose et un prix. Tous ces éléments se retrouvent ici. Nous nous sommes attachés dans les pages précédentes à démontrer, en nous appuyant sur une période importante de la jurisprudence de la Cour Suprême, que le consentement des parties portant sur le transfert de propriété n'était pas douteux ¹. Les raisons d'en décider autrement n'ont pu changer avec le temps. L'existence de la chose, objet du transfert se retrouve également. Le prix ne fait pas davantage difficulté. Si la créance préexistait à l'époque du transfert nous serions en face d'une dation en paiement valable ². Cette dation a pour effet d'éteindre la créance antérieure. L'acquéreur en devenant propriétaire perd sa qualité de créancier. Et c'est seulement dans l'hypothèse inverse que les espèces ne nous ont pas révélé, au cas où la créance subsisterait malgré le transfert, que nous serions disposés à voir dans l'opération une vente simulée ayant pour but de déguiser un nantissement. Si par contre l'acquéreur n'était pas créancier en vertu d'un prêt antérieur, il ne le sera jamais, l'opération est une vente, contrat commutatif dans lequel l'échange des contre-prestations promises qui se servent réciproquement de « cause » a eu lieu aussitôt que promis.

67. — Mais c'est ici qu'intervient le point de vue économique que les parties ont bien pu envisager dans un même acte de volonté. Car, nous dira-t-on, où est la garantie fournie à une créance éteinte

1. Ce qui laisse d'ailleurs intacte l'application éventuelle des règles sur les vices du consentement et sur la lésion. Pour le taux de la lésion, voir n. Deville-neuve sur Civ. Cass., 1^{er} juillet 1844, S. 1845, 1, 17, et les autres auteurs cités en sens divers.

2. V. n. sous l'arrêt précité de Req., 26 février 1856, D. P. 1856, 1, 116, et Req., 21 mai 1855, D. P. 1855, 1, 279.

aussitôt qu'elle vient de naître. Nous disons qu'une telle vente est un contrat de garantie mais au seul point de vue économique et non pas juridique. C'est en effet le transfert de propriété qui fait fonction de sûreté, le prix faisant au même point de vue, fonction de prêt. Le transfert de propriété joue économiquement le rôle de garantie parce que, comme celle-ci, il est normalement appelé à disparaître. C'est le caractère résoluble ou provisoire de la propriété de l'acquéreur à réméré qui lui confère ce caractère. C'est là la cause économique du transfert. On ne l'aperçoit pleinement qu'après l'exercice de la faculté de rachat mais les parties ont bien pu l'envisager *ab initio*. Garantie expressément voulue et recherchée par les parties, le vendeur sachant qu'il aurait la faculté de rentrer dans son bien à première réquisition, l'acquéreur sachant qu'il aurait à le rétrocéder, mais se sachant couvert pour toute la durée du prêt. Mais cette cause économique est sans influence au point de vue juridique, la cause du contrat, le transfert de propriété devant, pendente conditione, sortir son plein effet.

C'est cette opposition de point de vue que marquait le Tribunal Fédéral suisse dans une décision en date du 6 mai 1893¹ : « Rien ne s'oppose en soi-même à ce que la garantie d'une créance ne s'effectue par le transfert de la propriété de la chose. Un débiteur vend-il une chose à son créancier, et lui transfère-t-il la propriété avec cette clause, que le prix de vente sera imputé sur sa dette, mais qu'il pourra durant un certain laps de temps acquérir la chose en retour moyennant remboursement du prix de vente, un tel acte poursuit, économiquement parlant, le même but qu'une constitution de gage ; il n'en reste pas moins vrai que cet acte constitue au point de vue du droit une vente valable. »

N'est-ce pas la distinction à laquelle faisait allusion la Cour de cassation lorsque dans son arrêt du 29 août 1849 la Chambre civile déclarait que : « Le dit acte paraît avoir eu pour but la sûreté et la garantie du prêt... les caractères essentiels du nantissement... ne se rencontrant pas²... » C'est encore la même pensée que nous croyons exprimée par M. le professeur G. Ripert lorsque, à propos du nantissement des navires et des arrêts précités, il écrit : « L'aliénation fiduciaire est possible, le gage ne l'est pas³. »

De la garantie voulue et recherchée par les contractants nous sommes amenés à conclure à la nécessité juridique de la vente.

1. Vol. 19, p. 347, cité par M. Aeby, professeur à l'Université de Fribourg, dans une étude qu'il consacrait dès 1912 à : « L'acte fiduciaire dans le système du D. c. suisse », parue dans la *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 1912, p. 149 et s., arrêt cité, p. 200.

2. D. P. 1849, 1, 273, précité (Monneton).

3. G. Ripert, *Droit maritime*, II, n° 1031, à propos des arrêts précités de : Req. 2 juillet 1856, D. P. 1856, 1, 427. Req., 11 février 1885, D. P. 1885, 1, 447. Voir l'exemple historique d'aliénation fiduciaire rapporté par l'auteur, *op. cit.*, p. 15, n. 7. Comp. Bonnacase, *Droit maritime*, n° 291.

Les problèmes que soulève encore à l'heure actuelle¹ cette opération ne sont cependant pas tous épuisés. Il ne suffit pas en effet de vouloir, encore faut-il que cette volonté pour être efficace ne se heurte pas à quelques dispositions impératives de la loi ? Nous avons donc à rechercher si tel n'est pas le cas de la vente en garantie, si le transfert de propriété ne constitue pas un acte in fraudem legis.

B. — LA VENTE EN GARANTIE, ACTE EN FRAUDE A LA LOI

68. — C'est à propos de la théorie de la fraude à la loi que les auteurs se sont occupés de la vente en garantie. Passant rapidement sur le caractère fictif pour le repousser, c'est par application de cette théorie que l'inefficacité de l'opération est proclamée². « Une analyse plus précise des opérations réalisées par les fraudeurs ne doit pas entraîner une modification des solutions consacrées, mais un simple changement de motif : aux moyens peu appropriés employés jusqu'ici se substituerait désormais la notion plus adéquate de fraude à la loi³. »

La fraude ainsi perpétrée est généralement la fraude à l'interdiction du pacte comissoire édictée par les articles 2078-2088 du C. c. et 93 du C. de com. Alors que ces auteurs⁴ sont unanimes à déclarer que la fraude à la loi n'a pas de place en droit pénal la jurisprudence a tout au moins employé l'expression dans des instances civiles soulevées par des ventes pignoratives déguisant des prêts usuraires⁵. Sur le terrain des sanctions civiles de l'usure

1. Un exemple toujours actuel est particulièrement propre à faire ressortir le caractère réel de l'aliénation.

Les populations musulmanes de nos possessions d'Afrique du Nord, ignorant notre hypothèque, pratiquent un contrat dit « Timersiouth en t'meurth » ou « rahnia » qui est un nantissement immobilier sans dessaisissement dont la validité inter partes est soumise à la seule nécessité d'un acte écrit, rédigé solennellement (Hanoteau et Letourneau, *La Kabylie*, II, p. 531. Larcher, *Traité élémentaire de législation algérienne*, III, p. 21).

Manifestement on ne peut dire qu'en concluant le seul contrat qu'ils connaissent les contractants fassent là une opération simulée puisqu'ils ignorent le contrat de garantie que l'on voudrait y voir dissimulé. Dans le conflit entre créanciers ayant acquis des droits sur l'immeuble et lorsque la loi française est applicable aux immeubles algériens, le contrat est sans doute inopposable aux créanciers qui ont ignoré la sûreté occulte, non pas parce qu'il est dissimulé, mais parce qu'il est contraire à l'ordre public français qui exige le dessaisissement. V. néanmoins le rapport précité de M. le conseiller P. Dumas sous Req., 3 novembre 1932 (Boulefkar), D. P. 1932, 1, 181, qui analyse l'opération en un contrat fictif. Comp. Oualid. « Le nantissement immobilier en droit indigène algérien », *Thèse Aix*, 1907.

2. V. H. Desbois. *Op. cit.*, p. 44.

3. Ligeropoulo. *Op. cit.*, p. 242.

4. Desbois, p. 77 et suiv. V. Hugueney, « La fraude à la loi en droit pénal », *Bulletin de la Société génér. des prisons*, 1924, p. 207 et s., p. 389 et s.

5. Req. 26 avril 1900, D. P. 1900, 1, 439. Dandicolle, Tricou, Req., 4 juillet 1904, 1, 547. Rap. cons. Potier-Bouillé c/Chatenod.

on sait que celles-ci (imputation des perceptions excessives sur les intérêts échus et subsidiairement sur le capital et au cas où elles dépasseraient le capital et les intérêts restitution des sommes indûment perçues avec intérêt du jour du paiement) ne s'appliquent qu'au seul prêt d'argent ¹. Interprétation restrictive qui y fait échapper la vente à crédit ² le prêt de denrées ou les contrats aléatoires ³.

69. — Pour apercevoir comment peut se poser le problème de la fraude à la loi dans la prohibition du pacte comissoire, auquel nous nous limiterons, nous rappellerons le sens et la portée de cette règle. L'article 2078, alinéa 2 du C. c. qui est le texte fondamental en la matière stipule que : « Toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités ci-dessus, est nulle. » L'interprétation de ce texte est fixée en ce sens qu'il interdit « d'insérer dans le contrat une clause en vertu de laquelle le créancier non payé à l'échéance demeurerait de plein droit propriétaire du gage ⁴ ». Doctrine et jurisprudence sont fixées quant à l'interprétation restrictive qu'il convient de donner à cette disposition. Ce qui est interdit c'est la stipulation, au *jour de la constitution du gage*, au terme de laquelle la propriété sera acquise au créancier à défaut de remboursement à l'échéance. La jurisprudence valide par contre la convention par laquelle la propriété est acquise au créancier à défaut de paiement si elle est intervenue avant même l'échéance mais postérieurement au contrat de gage ⁵.

Le pacte comissoire est valable lorsqu'il est stipulé au profit des créanciers hypothécaires. L'interdiction ne s'applique pas au prêt hypothécaire et la Chambre civile l'a décidé ⁶ dans les termes suivants : « La convention par laquelle l'une des parties vend à l'autre, sous condition de réméré, une quote-part d'un immeuble tout en lui conférant sur cet immeuble une hypothèque pour sûreté d'une créance n'est interdite par aucune loi, que rien n'autorise à appliquer par analogie à une convention de cette nature les dispositions de l'article 2088 du C. c. qui régissent exclusivement le contrat d'antichrèse... »

Cette jurisprudence qui a reçu l'approbation de la doctrine :

1. Colin, Capitant, II, pp. 647-648.

2. Civ. rej., 13 mars 1889. Lebrun de Sesseyal c/Carrier. D. P. 1900, 1, 5. Conc. Desjardins, n. Boistel.

3. Crim. rej., 2 juin 1888, D. P. 1889, 1, 279.

4. Colin, Capitant, II, p. 765.

5. Req., 17 octobre 1906, D. P. 1907, 1, 79.

6. Civ. Cass., 13 juillet 1891, D. P. 1893, 1, 227. S. 1892, 1, 571, précité (Sous Comptoir des Entrepreneurs).

7. Aubry et Rau, III, § 266, texte et note 74. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 1291. Planiol, Ripert et Becqué, XII, n° 445.

rejoint dans l'interprétation restrictive celle qui tout en considérant que la nullité du pacte commissaire est d'ordre public¹ déclare qu'elle n'intéresse cependant que les seuls intérêts privés et ne saurait permettre à un tiers non intéressé de s'en prévaloir², et celle d'après laquelle la loi édictant la nullité du seul pacte doit laisser subsister le nantissement³ ou le prêt.

En face de ces principes, quel sera le sort de la vente en garantie ? La prohibition du pacte commissaire est-elle atteinte par cette convention ?

70. — Nous nous souvenons que la jurisprudence invoque simultanément la simulation et la fraude à la loi. En supposant que cette fraude à la loi ne soit qu'une violation de la loi, nous nous demandons quelle est la loi qui a pu être violée, quelle simulation illicite a pu être réalisée ? On répond généralement sans distinguer que l'acte illicite est l'acte déguisé ou dissimulé, en l'espèce le prêt pour violation des articles 2078 ou 2088. Une telle opinion nous paraît inconcevable car elle aboutit à dire que la vente fictive, le transfert de propriété non opéré, peut contrevenir à une disposition pour la violation de laquelle le transfert de propriété est nécessaire. De deux choses l'une, ou la vente est fictive et les parties ont voulu réaliser un simple prêt sur gage, mais il n'y a plus alors aucune atteinte à la prohibition du pacte commissaire. Pour qu'il en soit ainsi il faudrait en effet que le créancier fût investi du droit de propriété. Or la vente simulée est dans l'opinion traditionnelle, une vente imaginaire qui ne peut opérer transfert de propriété. On ne conçoit pas comment il peut y avoir violation du pacte commissaire. Il faut en réalité distinguer les causes de la nullité, ce que ne font pas toujours les arrêts. Si la vente est fictive le nantissement est nul faute de mise en possession⁴, et non pas comme violation du pacte commissaire ainsi que l'ont décidé plusieurs Cours d'appel⁵.

Pour qu'il y ait violation du pacte commissaire il faut au contraire qu'il y ait transfert réel de la propriété sur la tête du créancier, alors seulement peut se poser la question de savoir si l'analogie de résultat entre la vente en garantie et la *lex commissoria* peut faire condamner la première comme une atteinte indirecte à la seconde.

1. Civ. 4 mars 1902, D. P. 1903, 1, 215,

2. Req. 3 novembre 1932, D. P. 1932, 1, 181. Rapport de M. le conseiller Dumas *contra* Japiot. *Th.* précitée, p. 594, n. 2.

3. Req. 2 juillet 1856, Req. 11 février 1885. Grenoble, 13 novembre 1891, précités *contra*. Req., 11 mars 1879. Req., 30 juillet 1895, précités.

4. C'est ce qu'a parfaitement distingué Req., 11 mars 1879 précité, D. P. 1879, 1, 401.

5. A ce point de vue les motifs des arrêts précités Nancy, 3 mai 1867, D. P. 1867, 2, 95. Limoges, 18 juin 1888, D. P. 1889, 2, 240. Paris, 18 avril 1889, D. P. 1890, 2, 542.

Mais en même temps peuvent surgir des doutes sur l'application d'une théorie aussi souple que celle de la fraude à la loi. Le maintien côte à côte dans le C. c. de deux institutions comme la vente à réméré et l'interdiction du pacte comissoire ne manifeste-t-il pas chez le législateur français ¹ une opinion différente sur la portée de chacune ? La validité de l'une et l'interdiction de l'autre ne semblent-elles pas contradictoires ² ? Si l'on a pu interdire le pacte comissoire dans le nantissement, c'est qu'il répond toujours à des préoccupations usuraires, à l'exploitation de la gêne de l'emprunteur qui hésitera d'autant moins à se dépouiller actuellement d'un droit pour une époque à venir qu'il croira peu à son insolvabilité future.

C'est l'exploitation de ce mirage que la loi a voulu, avec raison, interdire. Ces mêmes raisons ne se retrouvent pas ici et l'on peut dire qu'en se dépouillant immédiatement, le débiteur trouvera dans la gravité de son acte un frein suffisamment efficace pour que le juge soit tenu de faire respecter la parole donnée librement. En maintenant dans notre code la vente à réméré le législateur a eu l'intention déclarée de faciliter le crédit. « Nous avons cru, disait Portalis, lors de la présentation du Titre VI L III du C. c. au Corps législatif ³ d'après l'ancienne jurisprudence, devoir autoriser la stipulation de la faculté de rachat. Ce pacte offre au père de famille ou au citoyen malheureux, des ressources dont il ne serait pas juste de le dépouiller. »

71. — Que la vente en garantie ait pour fonction l'obtention d'un prêt nul ne l'ignore, mais la question qui se pose en droit est de savoir si le pacte comissoire est interdit dans le prêt ? Il ne le semble pas, car les dispositions prohibitives des articles 2.078 et autres sont d'interprétation stricte. Jurisprudence et doctrine sont unanimes. Nous avons vu qu'il est admis dans le prêt hypothécaire. « Aucun texte au titre des hypothèques ne prohibe la convention par laquelle le débiteur vendrait l'immeuble hypothéqué à son créancier pour le cas où il n'acquitterait pas sa dette à l'échéance... sans qu'il y ait à distinguer suivant que le prix fixé par les parties au moment même du contrat ou que sa fixation est confiée à des experts convenus par les parties ⁴ ou à désigner par le juge », écrivent MM. Planiol, Ripert et Becqué ⁵.

1. Pastalozza nous apprend que la vente à réméré n'a été maintenue au C. civ. italien que par 6 voix contre 5. V° *Simuazione in Encicl. Guir. ital.*, n° 41.

2. Comparez les observations présentées lors des discussions préliminaires au Code civil par les différents orateurs. Locré, XIV, p. 26 et 41, pour l'art. 2078, Fenet, XIV, p. 125 et 169 pour la vente à réméré.

3. Fenet. *Op. et loc. cit.*

4. Tel était le cas dans l'espèce à propos de laquelle est intervenu l'arrêt précité de Req., 26 février 1856, D. P. 1856, 1, 116, Puech.

5. Planiol, Ripert et Becqué, XII, n° 445.

Le même raisonnement doit prévaloir *a fortiori* dans le prêt pur et simple. Alors que l'on admet le créancier hypothécaire déjà muni d'une sûreté efficace à se faire consentir un supplément de garantie, on ne comprendrait pas que l'on refuse pareille sûreté au créancier chirographaire qui en est complètement démuné¹. En l'absence de tout texte il semble donc que la *lex commissaria* doive être admise dans le prêt. Les législations autrichienne (art. 996) et allemande (art. 1149 B. G. B.) l'ont au contraire expressément interdite, la première pour le prêt pur et simple, la seconde pour le prêt hypothécaire.

MM. Baudry et de Loynes, après avoir rappelé que « les nullités, sont de droit étroit et qu'elles ne peuvent être étendues d'une hypothèse à l'autre », ajoutent que la vente ainsi consentie au créancier hypothécaire étant « purement volontaire », la loi n'avait pas de motifs pour restreindre la liberté des parties à l'occasion d'un acte qui relève exclusivement de leur volonté » sous réserve, bien entendu, de la protection due au consentement². Le même raisonnement semble convenir à la vente en garantie car l'identité de résultat que l'on veut retenir³ entre celle-ci et le pacte commissaire ne semble pas pouvoir être admis sans distinction comme un exemple de *fraus legis facta*.

Ces résultats présentent des différences que l'on ne peut oublier. Le nantissement laisse subsister la créance et le débiteur peut à l'échéance être poursuivi non seulement sur la chose donnée, mais encore sur tous ses biens présents et à venir⁴. (art. 2092-2093 C. c.).

La vente en garantie, nous l'avons déjà dit, entraîne extinction définitive de la créance et l'acquéreur perd par là son droit de gage général » à supposer qu'il fût créancier antérieurement à l'opération. Le vendeur par contre n'est pas débiteur et le « pactum de retroemendo » n'est pour lui qu'une simple faculté dont il est libre de ne pas user.

Le pacte commissaire et la vente en garantie opèrent transfert de propriété à des dates différentes, et c'est cette différence d'époque qui doit avant tout les distinguer. Dans le premier, le transfert de propriété ne s'effectue qu'extinctif, c'est-à-dire à l'époque de l'échéance, danger que les emprunteurs trop besogneux ou imprudents ont pu ne pas pressentir et contre lesquels la loi a voulu les protéger. Il n'est pas douteux que dans la vente le trans-

1. Que l'on ne dise pas qu'il lui suffirait de se faire consentir une hypothèque. Le problème de la vente en garantie se pose surtout pour les meubles pour lesquels la dépossession que devrait entraîner le nantissement, détruirait toute l'utilité économique du prêt.

2. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 1291. En même sens, Planiol, Ripert et Bécqué, *loc. précit.*

3. Ligeropoulo, p. 242, n. 2.

4. Baudry-Lacantinerie et Saignat, n° 607.

fert s'opérât ex nunc, c'est-à-dire à l'époque du consentement. Et l'on peut équitablement estimer que ce sacrifice actuel, consenti par le débiteur, lui serait un avertissement suffisant si la jurisprudence en maintenait le principe. Il est nécessaire au bon ordre de la vie sociale qu'en adoptant volontairement telle forme juridique, les parties se soumettent à toutes les conséquences bonnes ou mauvaises. On ne doit pas admettre qu'elles puissent accepter les unes et repousser les autres. Dès lors on conçoit mal que dans une vente en garantie les parties stipulent expressément que l'acquéreur sera tenu d'aliéner la chose pour se payer sur le prix ou que les tribunaux puissent l'y contraindre.

L'époque du transfert règle également la question des risques dont la solution doit recevoir une solution inverse dans l'une ou l'autre opération.

74. — Est-ce à dire que nous concluons à la validité de la vente en garantie ?

Ce serait une position trop rigide qui ne tiendrait pas compte de la réalité mouvante des faits. *Ubi eadem ratio ibi eadem lex*. Lorsqu'un résultat identique et non plus simplement analogue à celui qui prohibe les articles 2078 et autres sera obtenu, nous pensons qu'alors seulement on peut faire appel à la théorie subsidiaire de la fraude à la loi. Mais en dehors de ce cas et nous inspirant de certains exemples empruntés aux législations étrangères et de ceux introduits chez nous par une législation récente en des matières voisines, nous proposerons une modification de la sanction.

Nous admettrions l'application de la fraude à la loi, à défaut d'une fraude dirigée contre certains tiers déterminés, dans les hypothèses où le transfert de propriété au lieu de se réaliser ex nunc ne s'opérera, par l'insertion d'une condition suspensive, qu'à l'époque de l'échéance. Combinant l'élément objectif de la fraude à la loi, le résultat obtenu, et l'élément intentionnel dont la valeur « démonstrative » ou « probatoire » n'est pas à négliger¹, nous dirons alors que se retrouvent les mêmes raisons d'en paralyser les effets.

Le transfert différé laisse subsister la créance pendente conditione, le débiteur reste sous la sujétion du créancier, ce que la loi ne veut pas. Le vœu de la loi semble atteint si, lors du sacrifice que consent le débiteur, celui-ci agit en toute liberté d'esprit. La condition suspensive adjointe au transfert, nous semble donc condamnable alors du moins que la fixation du prix ne serait pas abandonnée à l'estimation d'un tiers, à des experts par exemple, ce qui donnerait encore satisfaction aux dispositions de l'article 2078, alinéa 1^{er}.

1. V. Pacchioni. *Riv. dir. Com.*, 1911, 2, 332 ou « descriptive ». P. Esmein. *Rep. prat.*, n° 13, *in fine*.

2. V. l'espèce souvent citée de Req., 26 février 1856, D. P. 1856, 1, 116.

Quant à la sanction de la vente en garantie, celle-ci ne mettant en jeu que de simples intérêts privés¹, l'inopposabilité aux tiers nous semble mieux convenir au but à atteindre. Mais c'est là un problème « de lege ferenda ».

C'est la solution adoptée par l'article 717 du C. c. suisse dans lequel par l'insertion des mots « le juge apprécie », il a entendu s'en remettre largement au tribunal. Sur ce point nous ne pouvons mieux faire que de renvoyer aux observations de M. Aeby².

C'est également la même solution qu'ont adopté chez nous les lois qui ont organisé le crédit mobilier au cas d'inaccomplissement des formalités de publicité³. En cela nous ne saurions partager l'opinion de Ferrara qui voit dans la vente en garantie une fraude à la loi, fraude « à l'interdiction de l'hypothèque mobilière⁴. »

Il s'agit moins en l'espèce d'une véritable interdiction que d'une insuffisance législative, qui pour les meubles les plus importants tend d'ailleurs à disparaître, et qui par elle-même n'a rien d'illicite.

L'inopposabilité aux tiers, enfin vient d'être consacrée législativement pour une autre catégorie de vente en garantie à laquelle nous arrivons : la location-vente⁵.

§ 2. — *La vente avec réserve de propriété ou Location-Vente.*

75. — Bien plus fréquente que l'opération précédente, la vente avec réserve de propriété a suscité de bonne heure l'examen des juristes.

La complexité des problèmes qu'elle soulève sur le terrain du droit civil, fiscal et pénal, est telle qu'il a paru à beaucoup que seule l'intervention du législateur pouvait, sinon harmoniser des principes souvent inconciliables, du moins dicter une ligne de conduite en face de questions dont l'autorité et le nombre des auteurs qui s'en sont occupés peuvent à elles seules faire sentir la gravité et l'importance⁶.

1. V. le rapp. de M. le conseiller Dumas sous Req., 3 novembre 1932, précité.

2. Art. cit., pp. 183-184.

3. Sauf l'article 11 de la loi du 17 mars 1909 sur la vente et le nantissement des fonds de commerce qui prononce la nullité, les autres lois sanctionnent par l'inopposabilité aux tiers la sûreté consentie. Cf. en ce qui concerne l'hypothèque maritime, art. 10, loi du 10 juillet 1885, l'hypothèque fluviale, art. 20, loi 5 juillet 1917, l'hypothèque des aéronefs, art. 3 et 11, loi 31 mai 1924, le warrant agricole, art. 3 et 4, loi 30 avril 1906, le warrant hôtelier, art. 2 et 3, loi 8 août 1913, le warrant pétrolier, art. 10, loi 21 avril 1932.

4. *Simulazione*, pp. 73, 74.

5. Loi 29 décembre 1934, art. 2, al. 1, dont le titre énigmatique : « Loi facilitant l'acquisition de véhicules ou tracteurs automobiles » doit s'entendre de la vente à tempérament des voitures automobiles. V. H. Capitant, *Chr. D. H.*, 1935, p. 9 et suiv.

6. A la bibliographie citée dans la suite de nos développements adde en dernier lieu A. Troullier et Lacan : « La location-vente et les divers contrats qui s'y rattachent », Paris, 1935 et la bibliographie y citée notamment pp. 32 et s.

Ces appels ont été entendus et ont reçu satisfaction dans des domaines où il n'est pas impossible de retrouver l'influence de certains intérêts particuliers auxquels il est peut être difficile au législateur de se soustraire ¹. La loi du 30 juillet 1930 a en effet réglé la situation des acquéreurs de terrains « lotis ² ». Celle du 24 décembre 1934, a tenté une réglementation de la vente à tempérament des voitures automobiles ³. La première a déjà été l'objet d'une proposition tendant à la compléter ⁴; la seconde, dont les résultats appartiennent encore à l'avenir n'est que le premier prodrome d'une réglementation annoncée sur l'ensemble de la question ⁵ des ventes à tempérament.

Les difficultés purement juridiques ⁶, que nous examinons ici, ont été, pour partie tout au moins, provoquées par l'expression mal forgée, mais courante dans la pratique, de location-vente. Conforme peut-être à l'intention des parties, cette qualification n'a été exacte, qu'un instant de l'évolution historique. A cette époque de tâtonnements où, pour réaliser leurs fins, les parties avaient imaginé une combinaison quelque peu rudimentaire de moyens disparates. Il n'en est peut-être pas en effet parmi les contrats de l'époque contemporaine qui ne se soit plus rapidement modifié que celui-ci. Au fur et à mesure qu'il subissait l'épreuve de la barre ses imperfections apparaissaient qui laissaient place à une objection juridique ⁷. L'évolution est d'ailleurs loin d'être terminée car la jurisprudence le repousse dans l'hypothèse où précisément il était destiné à sortir son plein effet. Quoi qu'il en soit sous les vocables de vente sous condition suspensive, location-vente, vente à tempérament, etc... il semble bien que la seule qualification suffisamment large pour être compréhensive des diverses modalités soit celle de vente avec réserve de propriété, ou *pactum reservati*

Mestre. « Des moyens employés par la pratique pour protéger le vendeur à tempérament de meubles corporels », *Thèse Montpellier*, 1936.

1. Voir à ce sujet les obs. *Ann. Droit Com.*, 1933, notes 1 et 2, p. 313.

2. Sur ce texte, v. Voirin. Les lois nouvelles, 1931, p. 17. Minvielle, n. D. P. 1931, 2, 147. Berthel et Foiret. Promesse de vente et location-vente, effets des versements d'acomptes d'après la loi du 30 juillet 1930. *Journal des notaires et des avocats*, 1935, art. 38330.

3. Capitant. *Chr. D. H.* 1935, p. 9 et suiv. Timbal. « Des ventes d'automobiles à tempérament », *Rec. ac. leg.* Toulouse, 1934-1935, p. 71.

4. Proposition Odin. *Doc. Parl. Ch. Ann.*, n° 4850, sess. ordin. 1931, p. 657.

5. Sur celle-ci, voir proposition Besset. *Doc. parl. Chambre, Anneze*, n° 741, 2^e session extr., 1932, p. 42.

6. A côté de celles-ci, en effet, la vente à crédit a posé des problèmes d'ordre social et économique qui ne le cèdent en rien aux autres. C'est le point de vue économique qui a surtout été étudié dans l'ouvrage de Seligman, le point de vue social est généralement exposé parallèlement au problème juridique. V. Acher. *An. Dr. Com.*, 1904, 249 et Duthoit. *Abus des ventes à tempérament*, in *Liberté du contrat et tradition chrétienne*. Lecoffre, éd., Paris, 1914.

7. Voir sur ce point l'excellente note anonyme au D. P., 1912, 2, 149 qui retrace jusqu'alors ces modifications.

dominii. Le but final des parties est en effet toujours le même quels que soient les aménagements du contrat. Comme dans la vente en garantie étudiée précédemment la cause juridique de l'obligation de l'une des parties, le transfert de propriété, a pour contre-partie l'obligation de l'autre au paiement du prix. Mais ici réapparaît le but économique final : la garantie ou sûreté de l'une des parties.

Alors que nous avons vu fonctionner la garantie sous forme d'un transfert de propriété affecté d'une condition résolutoire, elle va se réaliser ici par un transfert sous condition suspensive. Si le raisonnement reste le même en droit il faut maintenant l'inverser en ce sens, que tout à l'heure, c'était l'acquéreur (créancier) qui cherchait à se garantir contre la restitution d'une somme prêtée par l'acquisition de la propriété d'une chose de son vendeur (débiteur) ; c'est maintenant le vendeur (créancier) qui veut s'assurer le paiement d'un prix en retenant envers l'acquéreur (débiteur) la propriété d'une chose. Nous serons amenés à conclure que quelles que soient les modalités de la convention, il y a vente dès que les parties auront stipulé le transfert de propriété portant sur tout ou partie d'une chose, quelle que soit la date à laquelle se réalisera le transfert de propriété ¹, quel que soit le mode de paiement du prix ². Mais il n'est pas inutile de préciser qu'il s'agit d'une vente à but indirect ³ de garantie, qu'on a longtemps confondue avec une garantie déguisée.

La qualification complexe de location-vente laisserait au contraire supposer la succession dans le temps de deux contrats différents, l'un de location à l'expiration duquel, par le jeu d'une condition résolutoire, serait substitué un contrat de vente affecté lui-même d'une condition suspensive. Système que M. Acher a réfuté sous le nom de « théorie des deux conditions », dont le résultat singulier est de mettre en suspens non pas l'exécution du contrat, mais sa nature même. Théorie qui avait été défendue par M. Cauvière ⁴ et qui vient d'être reprise avec quelques nuances par un auteur récent pour lequel le contrat de location apparaît comme un « mode d'exécution » possible du contrat de vente ⁵.

Ce n'est là qu'un exemple entre bien d'autres des difficultés

1. Cette séparation de l'époque du transfert de celle de la convention qui semble pourtant n'être qu'une application de l'article 1138 Code civil a été critiquée en Italie et a été l'un des arguments essentiels abondamment développé par Bonelli. Cf. notamment : « Una Nuova Costruzione del patto di riservato dominio nella vendita ». *Riv. dir. Com.*, 1912, 1, 492 s.

2. Planiol, Ripert et Hamel, X, n° 3.

3. L'expression de « Privilège indirect » était employée dès 1904 par M. Sumien dans un article aux *Ann. Dr. Com.*, 1904, 247, notamment p. 248, V. aussi, *Ann. Dr. Com.*, 1904, p. 53.

4. *Ann. Dr. Com.*, 1902, 49.

5. Weinstock. « La location-vente, d'après la jurisprudence de la Cour de cassation. Pedone, éd. 1935, n° 12. Pour la réfutation de la théorie des deux conditions, v. Acher, art. cité, p. 259.

qu'éprouve le juriste à faire rentrer dans un moule préexistant une convention qui semble rebelle à toute classification. Quelle que qualification qu'on lui donne en effet il semble qu'elle ne puisse satisfaire pleinement chacune des parties.

Envisage-t-on la convention comme un bail, on doit décider, bien que la question ne se soit pas présentée en jurisprudence dans des hypothèses précises de location vente ¹, que les risques sont pour le vendeur. Par contre il semble bien que ce soit la seule conception qui permette, par l'application des peines de l'article 408 du C. pénal sur l'abus de confiance, de protéger efficacement le vendeur contre l'aliénation qu'a cru pouvoir en faire avant parfait paiement l'acquéreur de l'objet ². Par un raisonnement analogue c'est celle qui permet au cas de gérance vente d'un fonds de commerce de déclarer le vendeur mandant tenu des dettes du gérant mandataire ³.

Mais une telle conception laisse l'esprit juridique insatisfait. On ne comprend plus qu'un bailleur soit tenu de restituer à la masse les acomptes reçus s'il rentre en possession de sa chose ⁴. D'autre part les créanciers de l'acquéreur se plaignent d'avoir été abusés par « la solvabilité apparente » que créait la présence de l'objet dans le patrimoine de leur patrimoine. On pourrait répondre que tel est le cas des objets « déposés » ou remis au commissaire pour être vendus pour le compte du commettant et dont l'article 575 du C. c. permet la revendication.

Envisage-t-on la convention comme une vente parfaite ab initio, les solutions précédentes seront inversées. Notamment les sanctions pénales de l'article 408 seront inapplicables ⁵, sauf alors peut-être à rechercher une protection dans l'article 400, § 5 du C. pénal qui punit le donneur de gage qui aura détourné, ou tenté de détourner les objets donnés par lui à titre de gage ⁶.

On comprend devant une telle complexité que la jurisprudence ait hésité. Ce sont ces hésitations que nous voulons retracer en tant du moins qu'elles se sont traduites par des appels aux notions commodes de simulation ou de fraude à la loi. Nous terminerons

1. Voir pour une hypothèse où les risques avaient été expressément stipulés à la charge du vendeur jusqu'à la livraison. Civ. Cass., 8 juin 1904, D. P. 1904, 1, 455.

2. Crim., 19 juillet 1903, D. P. 1905, 1, 486. Ministère Pub. et Frantz et C. contre Appert et Kuhn et sur renvoi Orléans, 26 janvier 1904, D. P. 1905, 2, 414. Aix, 4 novembre 1928. *Sem. jur.* 1929, 127, Paris, 4 janvier 1932, D. H. 1932, 139.

3. Nancy, 15 janvier 1929. S. 1930, 2, 26; n. H. Rousseau.

4. Comme le voudrait M. Weinstock, n° 124.

5. Crim., 15 mars 1912, Sajous. S. 1920, 1, 236. Garçon. C. Pen. an. art., 408, nos 233, 240, 242. Lacour-Bouteron, *Précis* II, n° 2086.

6. Trib. Com. Seine, 12 mai 1933. *Ann. de Dr. Com.*, 1934, 76, Société Ame. Rosengart contre Benoit Alie. *Contra* Garçon, art. 400, n° 175. V. aussi H. Capi-tant. *Chr. cit.*; p. 13, *in fine*.

par quelques mots sur la position actuelle de la question en législation.

LES VARIATIONS DE LA JURISPRUDENCE SUR LA CLAUSE DE RÉSERVE DE PROPRIÉTÉ

Première conception : Simulation et fraude à la loi.

76. — Un aperçu chronologique de l'attitude de la jurisprudence devant la clause de réserve de propriété, peut difficilement se prêter à une division rationnellement impeccable. L'étude synthétique de ce contrat se heurte de l'avis même d'autorités ¹ à des solutions d'espèces extrêmement variées sur lesquelles il est difficile d'étayer une notion inébranlable. Nous n'hésitons cependant pas à qualifier de conception première celle qui considéra comme une vente déguisée ou dissimulée la clause envisagée ici. Ce fut elle, en effet, qui dicta les premiers arrêts de principe et qui domina longtemps. C'est à elle qu'est encore rattachée actuellement la sanction civile des fraudes fiscales prévues par l'article 7 de la loi du 27 février 1912, dans la vente à transfert différé de ces meubles, que sont les fonds de commerce. Opération connue dans la pratique sous nom de « gérance-vente ».

Le premier arrêt ² qui ait fait application de la notion de simulation nous semble être celui rendu le 28 avril 1894 par la Cour d'Amiens ³.

La Cour Suprême adopta le même point de vue dans des circonstances particulièrement favorables par l'arrêt de sa Chambre des requêtes du 17 juillet 1895 ⁴. Un fabricant de meubles, Bellamy avait vendu verbalement à crédit le 15 février 1892, aux frères Burcher, le mobilier d'un hôtel que ceux-ci s'apprétaient à ouvrir. Pris de soupçons sur la solvabilité de ses clients, le vendeur leur avait le 26 juillet 1892, postérieurement à la vente verbale, fait souscrire une convention aux termes de laquelle les frères Burcher reconnaissaient détenir les meubles à titre de location avec faculté d'en acquérir la propriété par le paiement intégral des mensualités. Les acquéreurs ayant été admis au bénéfice de la liquidation judiciaire, le vendeur intenta l'action en revendication que la Chambre des requêtes lui refusa par ce motif « qu'il résulte de l'ensemble des constatations de l'arrêt qu'un concert frauduleux avait été

1. V. le rapp. Cotellet, D. P. 1898, 1, 270, 2^e col.

2. Le premier arrêt de la Cour suprême qui ait eu exactement à s'occuper de notre contrat est, croyons-nous, celui rendu par la Chambre des requêtes le 16 juin 1885. S. 1888, 1, 463. Brière c/d'Hervilly. M. Valéry. *Sem. jur.*, 1928, p. 225 et suiv., n° 27, cite l'arrêt Catros : Req., 24 juillet 1845, D. P. 1845, 1, 309, mais en reconnaissant qu'il s'agit d'une vente en garantie ou ainsi qu'il le dit d'un « achat location ». Nous préférons tenir distinctes les deux conventions. Nous avons étudié l'arrêt Catros *supra*, n° 57.

3. Houpiet c/Liq. Jud. Devillers, D. P. 1895, 2, 92.

4. Bellamy c/Liq. Jud. Burcher frères, D. P. 1896, 1, 57, n. Thaller.

établi entre le vendeur et les acheteurs, en vue de porter atteinte, *le cas échéant*, aux droits qui sont assurés par la loi aux créanciers du commerçant déclaré en état de faillite ou de liquidation judiciaire. »

Il importe de souligner le caractère spécial de cette fraude qui consisterait à se prémunir contre un préjudice possible. Cette « expression de fraude souverainement appréciée » dira quelques années plus tard le conseiller Cotelle, faisant allusion à l'arrêt précédent, « semble donner au rejet du pourvoi le caractère contingent d'une solution d'espèce ». Aussi, dans l'espèce qui lui était soumise le 21 juillet 1897 ¹, la Chambre des requêtes se place-t-elle sur le terrain de la simulation, se rangeant à l'avis de son rapporteur pour lequel « l'idée de fraude, c'est-à-dire de mauvaise foi, au sens de l'article 1167 C. c. ne se comprend pas... envers une masse de faillite dont les titres de créance sont peut-être postérieurs en date au contrat litigieux ».

Après avoir admis le caractère fictif du bail, et avoir ramené la convention à une vente « indépendamment de toute constatation de fraude » le conseiller rapporteur répond au demandeur en revendication « que ce qui donne lieu à l'application de l'article 576 c'est la livraison reçue à titre d'achat en dépit de toutes clauses de la vente qui retirerait à cette livraison l'effet d'une translation de propriété. »

En conséquence la Chambre des requêtes déclare que l'acte voulu par les parties, en l'espèce la vente, soumise quant au transfert de propriété à une condition suspensive « n'était pas opposable à la faillite de l'acheteur, aucune revendication ne pouvant être exercée par un vendeur sur des marchandises que le failli a reçu dans ses magasins et qui sont devenues par la possession ostensible qu'il en avait comme acheteur, l'un des éléments de sa solvabilité apparente ».

Cet arrêt célèbre, que l'on peut considérer comme un arrêt de principe, fournit donc, quoiqu'on en ait dit, une solution indépendamment de toute notion de fraude. S'il y avait simulation, « en quoi cette simulation était-elle abusive ² » ? L'inopposabilité de la clause de réserve de propriété s'explique par d'autres principes auxquels la jurisprudence postérieure fera constamment appel. Nous devons cependant le noter ici en raison du caractère fictif reconnu au bail.

La même doctrine se retrouve dans l'arrêt de rejet de la Chambre civile en date du 22 décembre 1909 ³, « le contrat constituait dès l'origine, y lisons-nous, une véritable vente dissimulée sous l'appa-

1. Schönher c/Faillite Vaud. Rapport du conseiller Cotelle, D. P. 1898, 1, 269.

2. Rapport Cotelle, *loc. cit.*, p. 271, 2^e col.

3. D. P. 1910, 1, 63. Ets. Protte c/Mortier. Le même recours à la notion de simulation se retrouve jusqu'aux arrêts récents; voir notamment : Colmar, 7 mai 1935 et 10 novembre 1934. *Rev. Als.-Lor.*, 1935, pp. 600 et 522. Req.,

rence d'une location pour faire fraude à la loi et éventuellement aux droits des créanciers de Mortier. »

Deuxième conception : Rejet de la notion de simulation.

77. — Avant d'examiner l'application éventuelle de la théorie de la fraude à la loi, ici encore, il faut rechercher d'abord si la simulation peut être retenue. Dans l'affirmative il serait inutile de pousser plus loin nos recherches. Le caractère déguisé de la vente étant découvert et prouvé, la question qui se poserait alors serait celle du caractère licite ou non de l'acte dissimulé.

Si au contraire, comme l'admet la jurisprudence récente qui a suivi en cela une évolution inverse à celle relative à la vente en garantie, l'opération est une vente réelle, sérieuse, peut-être, pourra-t-elle être déclarée inefficace par un appel à la théorie de la fraude à la loi.

Deux observations préalables s'imposent. D'une part en recherchant la conception actuelle de la nature juridique de vente à transfert de propriété différé nous n'entendons pas dire que cette convention ne soit jamais simulée.

Comme dans toute convention le mensonge peut s'y infiltrer, les hypothèses sur lesquelles nous raisonnons sont des conventions conclues par les contractants qui cherchent un procédé technique du droit pour atteindre un certain but. Normalement ce but est voulu et ressort clairement des diverses clauses du contrat sans qu'il y en ait quelqu'une de dissimulée. Nous convenons même que l'opinion qui considère le bail comme fictif a pour elle la pratique ancienne. Dans la période de tâtonnement les parties dissimulaient, nous en convenons, sous un bail fictif, une vente à tempérament. Procédé rudimentaire qui ne pouvait aboutir étant admis en effet que si la simulation n'est pas elle-même une cause de nullité elle n'est pas davantage une cause de validité de l'acte déguisé, s'il est illicite ¹. Souvent aussi la qualité de locataire que prenait l'acquéreur, bien plus qu'une dissimulation, n'était qu'une qualification erronée ² donnée par impuissance à expliquer juridiquement une volonté complexe, et non pour tromper qui que ce soit. Mieux inspirées par la suite les parties aménagèrent autrement leur convention pour aboutir à la forme actuelle de la vente avec clause de réserve de propriété. C'est de cette forme dernière dont nous disons qu'elle ne comporte généralement ³ aucune simulation.

28 juillet 1932, D. P. 1933, 1, 43. n. G. Madray. Paris, 31 octobre 1931, D. H. 1931, 562. Rouen, 17 juillet 1911, D. P. 1912, 2, 149, note anonyme. Orléans, 12 avril 1907, D. P. 1907, 1, 301 et la note.

1. Exception faite du contrat de donation.

2. Sur la distinction, v. Ligeropoulos, *op. cit.*, p. 35, n. 1. Demogue: *Rev. trim.*, 1932, p. 1.111.

3. V. cependant Civ. Cass. 8 janvier 1936, D. H. 1936, 97. Pitou. Mais dans cette espèce on retrouvait deux conventions : l'une apparente, l'autre dissimulée.

Une deuxième observation trouve ici sa place. Après avoir constaté que la jurisprudence a su dégager la nature juridique de cette vente en abandonnant la notion de simulation dans la nature du contrat, nous aurons à nous demander si cette théorie n'a pas cependant à jouer. Tout en étant voulu, il se peut que l'acte indirect soit dissimulé dans l'un quelconque de ses éléments constitutifs.

Nous aurons alors à nous demander si, parmi ces éléments de la vente, le prix notamment, ne tombe pas sous le coup des sanctions fiscales.

Conception jurisprudentielle actuelle de la location vente.

78. — De la vente à transfert de propriété différé il importe de distinguer aussitôt : « le pacte de préférence » ou bail avec promesse de vente dont nous ne nous occupons pas ici ¹. La distinction souvent difficile en pratique doit cependant être maintenue en droit ². Le bail avec promesse de vente entre autre ne crée qu'un lien d'obligation entre les parties, le locataire titulaire d'un droit de préférence est simple créancier d'une promesse qu'il lui appartient de transformer en contrat à l'époque convenue par une simple manifestation de volonté. Conséquence importante, c'est à cette époque que s'appréciera la lésion au cas où la promesse porte sur

1. En ce sens, Thirion. *Th. Nancy*, 1930, p. 18 et suiv. Hamel, *Chr. D. H.* 1930, p. 41 et suiv. V. aussi le rapport de M. Denis à la Société d'Ét. Leg. *Bull.*, 1934, p. 343.

2. Nous relevons dans cette note les principales solutions admises en matière de bail avec promesse de vente. Leur rapprochement avec celles qui sont rapportées dans nos développements au texte, fera ressortir la différence de nature entre ces deux conventions.

Le droit seul de location est dû avant la levée de l'option. Civ. Cass. 22 février 1887, D. P. 1887, 1, 500. Société Franç. de Matériel Agricole c/enregistrement.

La vente de l'objet loué donne ouverture à l'application des peines de l'abus de confiance. Crim., 19 juin 1903, D. P. 1905, 1, 486, M. P. et Frantz et Cie c/Ap-pert et Khun.

Le défaut de paiement des mensualités empêche la réalisation de la vente et entraîne restitution de l'objet. Trib. de Com. Seine, 17 janvier 1927. S. 1927, 2, 46. Société Linotype Franç. c/Imp. du Poitou.

La location ne peut conférer au meuble loué le caractère d'immeuble par destination et le bail est opposable au créancier hypothécaire. Lyon, 10 août 1888. S. 1890, 2, 113, note Ch. Appleton-Staron c/Cie des Moteurs à gaz.

La déchéance de la faculté de lever l'option permettrait au bailleur la revendication de l'objet loué dans la faillite du locataire. Alger, 18 février 1888, S. 1889, 2, 115. Billard c/Syndic Laillet. Bourges, 17 février 1902, D. P. 1902, 2, 448. Cie du gaz de Nevers c/Rousseau. Paris 9 mars 1904. G. P. 1904, 1, 539. Vve Bauchet c/Société Ballut et Oger du Rocher. Dans le même sens, Cour d'appel de Gand, 16 décembre 1926. S. 1927, 4, 15, S. G. de F. et P. de Herg, c/Curateur Lonel.

Le bailleur peut être tenu en qualité de mandant des dettes contractées vis-à-vis des tiers par le locataire, son mandataire. Nancy, 15 janvier 1929. S. 1930, 2, 26. Paris, 7 novembre 1930. *Rep. Prat. Not.*, 1931, art. 22.642. Sur le fonctionnement de l'inopposabilité pour inobservation de l'article 3 de la loi du 17 mars 1909. V. Granger, *Th. Paris*, 1929, nos 135 et 139. Lalou, note sous Paris, 24 avril 1928. D. P. 1929, 2, 63 et arrêts cités. Adde G. Ripert : « Le fonds de commerce », cours professé à la Faculté de Droit de Paris. Année 1935-1936. Ed. « Les cours de Droit », pp. 118 et s.

un immeuble¹. Tout autre est le contenu du pactum reservati dominii dans lequel si le vendeur est bien obligé au transfert l'autre partie est également obligée d'acheter. Il y a donc une double promesse de vendre et d'acheter une chose moyennant le paiement d'un prix, convention qui constitue une vente (art. 1582 C. c.) quelle que soit d'ailleurs l'époque fixée pour le transfert de propriété et les modalités de paiement du prix. Vente à la romaine, a-t-on dit depuis longtemps² non pas translatrice de propriété, mais génératrice d'obligations, vente cependant dans laquelle la soumission du transfert de propriété au paiement du prix constitue la garantie du vendeur.

79. — La difficulté consiste alors à déterminer la situation de l'acquéreur pendente conditione et les conséquences à en déduire. Après avoir hésité quelque temps et considéré l'acquéreur comme propriétaire sous condition résolutoire³ un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation semble avoir posé les règles d'interprétation de la convention litigieuse.

La Cour Suprême invoque le principe de la liberté des conventions exprimé par l'article 1134, souvent cité.

La nature juridique de la convention est fixée ab initio et non pas, comme le voudrait la théorie des deux conditions, tenue en suspens par la réalisation ou la défaillance d'une condition. C'est une vente dans laquelle le transfert de propriété est soumis à la réalisation de la condition suspensive du paiement intégral du prix. « Attendu, lisons-nous, dans l'arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation du 1^{er} juillet 1925⁴ ; que s'il appartient aux tribunaux d'interpréter les conventions obscures ou ambiguës, il n'en est pas de même lorsqu'elles sont nettes et précises. Attendu que le contrat litigieux exprime avec clarté les obligations assumées par chacune des parties ; qu'en effet les clauses ci-dessus rap-

1. Req., 18 octobre 1927. G. P. 1927, 2, 727. Civ. Cass. 21 janvier 1930, D. H. 1930, 162. C'est en raison des surprises et de l'insécurité qui en résultait pour les acquéreurs de terrains lotis à la suite d'une convention rédigée sous cette forme qu'est intervenue la loi du 30 juillet 1930, incorporée à l'article 1589, C. civ. De nombreux « industriels » du lotissement profitant de la hausse de valeur de terrains attaquèrent les ventes antérieurement consenties par eux pour cause de lésion. Pour parer à cette manœuvre l'article 1589 C. c. stipule désormais que l'acceptation de la promesse « et la convention qui en résultera s'établiront par le paiement d'un acompte sur le prix » et que « la date de la convention même régularisée antérieurement sera celle du versement du premier acompte ». V. n. Minvielle. D. P., 1931, 2, 147. Il semble donc que la pratique des baux avec promesse de vente doive perdre son utilité en cette matière, puisque la loi réputée formée la convention qui ne peut être qu'une vente, « quel que soit le nom donné à cet acompte. » Cf. art. précité de MM. Berthel et Foiret. *Journal des Notaires*, 1935, art. 38330.

2. Rapport Cotelle précité. Acher, art. cité, p. 263.

3. Bourges, 26 décembre 1887. G. P. 1888, 1, 453. Montpellier, 20 février 1885. S. 1888, 2, 171. Req. 16 juin 1885, S. 1888, 1, 462

4. S. 1926, 1, 269. Boussault c/Jacquin et Chiffe.

portées spécifient d'une part que Jacquin et Chiffe (vendeurs) conservent leur droit de propriété jusqu'au versement de la dernière annuité, *ce qui exclut toute translation de propriété antérieure à ce versement.* »

En l'espèce il avait été clairement précisé que la défaillance de la condition autorisait le vendeur à reprendre la chose et à conserver les annuités payées à titre de « location ». Expression inexacte, car il est vrai que la vente à transfert de propriété différé est génératrice d'obligations comme en droit romain ¹ la condition juridique de l'acquéreur à Rome, diffère essentiellement de celle du locataire. C'est un véritable possesseur auquel son titre loin d'être précaire, confère le maximum des attributs attachés à la possession ². Par suite c'est croyons-nous, à titre de dommages et intérêts et en vertu d'une clause pénale que les parties peuvent sanctionner de la sorte l'inexécution des obligations de l'acquéreur.

80. — Depuis cet arrêt et réserve faite de solution d'espèces ³ que nous avons pour l'instant exclues de la discussion, la jurisprudence affirme désormais que la convention est une vente dans laquelle seul le transfert de propriété est différé ⁴ circonstance qui par elle-même est insuffisante pour suspecter la réalité du contrat ⁵. La situation juridique de l'acquéreur propriétaire sous condition suspensive, diffère profondément de celle d'un acquéreur en vertu d'un contrat dissimulé et cette qualité permet d'expliquer les solutions de la jurisprudence au cas de faillite de l'acheteur, situation qui donne lieu en pratique aux plus graves difficultés.

81. — Ayant abandonné la notion de simulation ⁶ la jurisprudence n'a plus à tenir compte d'une faute problématique à l'égard de la masse. Par deux décisions rapprochées, la Cour de cassation ⁷ alors que les tribunaux de commerce suivis par quelques Cours d'appel admettaient la revendication du vendeur ⁸ vient de préciser

1. Trib. civ. de Colmar, 26 janvier 1927. D. H. 1927, 226. Wallach c/M et Cie.

2. Notamment la possession *ad interdicta* et la possessio *ad usucapionem*. Girard, 8^e éd., p. 583, n. 3, p. 586, texte et note 1.

3. Colmar, 7 mai 1925 et 10 novembre 1934 précités. *Rev. Als.-Lor.*, 1935, 522. Civ. Cass., 8 janvier 1936, D. H. 1936, 97.

4. Civ. Rej., 1^{er} avril 1936, D. H. 1936, 281. Civ. Cass., 3 mai 1935, D. H. 1935, 313, Civ. Cass., 22 oct. 1934 et 28 mars 1934, D. P. 1934, 1, 151. Aix, 1^{er} mars 1932 D. H. 1933. Som. 25. Poitiers, 17 décembre 1930, D. H. 1931, 125. Trib. civ. Colmar, 26 janvier précité. Trib. comm. Arras, 1^{er} février 1935, G. T. 17 septembre 1935. Trib. comm. Lyon, 8 décembre 1935. *An. Dr. Com.*, 1934, 76. Trib. com. Pontoise, 5 février 1929, *Sem. Jur.*, 1929, 530.

5. Planiol, Ripert et Hamel, précité, X, n° 3.

6. V. Civ. Cass., 3 mai 1935, D. H. 1935, 313 (motifs).

7. Civ. rej., 28 mars 1934 et Civ. Cass., 22 octobre 1934, D. P. 1934, 1, 151 n. de M^{lle} J. Vandamme. S. 1935, 1, 337, n. P. Esmein.

8. Rouen, 19 mars 1931 cassé par Civ. 22 octobre 1934, précité. Paris, 23 mai. G. P. 1932, 2, 387. Trib. com. Saint-Étienne, 7 octobre 1931, G. P. 1932, 1, 168. Trib. com. Chartres, 4 novembre 1930. G. P. 1930, 2, 865.

la portée de la convention litigieuse. L'acquéreur est, en vertu de son titre même, un possesseur, et la clause de réserve de propriété est valable et doit sortir effet entre parties. Par contre elle est inopposable à la masse de la faillite, à moins que le vendeur n'ait intenté l'action en résolution ¹ ou que [celle-ci ne soit acquise en vertu d'une clause expresse ² antérieurement ³ au jugement déclaratif de faillite ou de liquidation judiciaire. Pour justifier cette inopposabilité, la jurisprudence ⁴ invoque soit les principes déduits des articles 550 et 675 du C. de com., soit le principe général dont ceux-ci ne sont que l'expression, « qui interdit au vendeur de marchandises, ou de matériel commercial de reprendre, au préjudice de la faillite les choses de cette nature livrées antérieurement en exécution d'une vente même conditionnelle et devenue par leur entrée dans les magasins de l'acheteur, élément de la solvabilité apparente de celui-ci ⁵ ». Solvabilité apparente qui se traduit juridiquement par la reconnaissance au débiteur, acquéreur sous condition suspensive ⁶, d'une possession pro emptore, mais qui doit en limiter par là-même la portée ⁷. La saisine ne jouera que dans les limites de l'article 2279 C. c., c'est-à-dire pour les meubles, et pour autant qu'un signe extérieur n'indiquerait pas ostensiblement le caractère conditionnel de la possession, à l'aide, par exemple, d'une plaque apposée sur l'objet ⁸.

La Cour de cassation en invoquant la notion économique de « solvabilité apparente » pour la sauvegarde du crédit public nous paraît avoir repoussé par là, la notion juridique de possession apparente fondée sur un titre simulé qu'invoquaient les anciennes décisions. Ses décisions se justifient en droit par la qualité juridique de l'acquéreur, fondée sur un titre qui correspond certainement à l'intention réelle des parties, mais dont les effets sont paralysés dans leur raisonnement par une règle impérative de droit positif

1. Civ. Rej. 2 juillet 1913, D. P. 1916, 1, 285. Alors même que le jugement déclaratif interviendrait avant la solution de l'instance en résolution. Civ. Cas. 3 mai 1935, D. H. 1935, 313.

2. Civ. Rej. 1^{er} avril 1936. D. H. 1936, 281.

3. Cette solution a d'ailleurs été critiquée par MM. Thaller et Percerou, n° 1949.

4. V. postérieurement aux arrêts de la Cour de Cass. Trib. com. Arras, 1^{er} février 1935, G. P. 17 septembre 1935. Montpellier, 29 janvier 1935, D. H. 1935, 205. Caen, 5 mai 1934, *An. Dr. Com.*, 1934, 259.

5. Civ. Rej. 28 mars 1934, précité.

6. Ici apparaît une autre différence de nature juridique entre le pactum reservati domini et le bail avec promesse de vente. Alors que dans le premier la condition suspensive n'affecte pas la formation du contrat, mais seulement le transfert de propriété, elle retarde au contraire dans le second la formation même de la vente jusqu'à la levée de l'option. Colmar, 5 février 1935, *Rev. Als.-Lor.*, 1935, 535

7. En ce sens, Acher, p. 264, 5. Valéry, n°s 42 et s.

8. *Contra* : Montpellier, 8 mars 1933. G. P. 1933, 2, 44. Sur ce point voir observations de M^{lle} Vandamme, note précitée, p. 155, 2^e col.

exprimée par les articles 550 et 576 du C. de com. dont l'application en la matière n'est d'ailleurs pas à l'abri de la critique¹.

Part qui peut être faite à la simulation et sanctions encourues.

82. — Ce n'est pas, au seul point de vue du droit civil que la détermination de la situation de l'acquéreur *medio tempore*, peut avoir un intérêt. La position que l'on adopte sur le caractère déguisé ou non de la vente, aura sa répercussion au point de vue fiscal. La question a été surtout débattue en doctrine et en jurisprudence à propos de la vente à tempérament des fonds de commerce ou « gérance-vente ». C'est sur elle que nous raisonnerons. Si l'on tient compte d'une part de l'élévation des droits de mutation frappant les fonds de commerce², et de la valeur vénale qu'ils ont atteint, d'autre part des sanctions qui frappent les dissimulations de prix³, on comprendra tout l'intérêt que présente ici la qualification de cet acte.

Depuis la loi de 1912 un autre problème a surgi. L'article 44 de la loi du 13 juillet 1925 stipule que : « Lorsqu'il est amiablement reconnu ou judiciairement établi que le véritable caractère des stipulations d'un contrat a été dissimulé sous l'apparence de stipulations donnant ouverture à des droits moins élevés, il est dû un double droit en sus. Cette pénalité est due solidairement par toutes les parties contractantes. »

C'est l'application éventuelle de ces deux sanctions distinctes, dont nous voulons examiner le bien-fondé.

Observons tout d'abord que tout en étant voulue, la vente à tempérament pourrait être simulée dans quelques-unes de ses clauses, notamment le prix. Il pourrait être par exemple convenu à l'aide d'une contre-lettre qu'à l'échéance de la dernière mensualité le prix serait complété par une remise d'argent dont la convention ostensible ne ferait pas état. Il y aurait alors dissimulation de prix dans un acte qui par ailleurs correspond bien quant à sa nature à l'intention des parties. La nullité de la contre-lettre serait certainement encourue par application de l'article 7 de la loi du 27 février 1912, si l'objet de la contre-lettre était de ceux énumérés par la loi. La question n'aurait pour autant rien de spécial et rentrerait dans l'étude générale⁴ des sanctions qui frappent les

1. M^{lle} Vandamme. Note précitée.

2. Le décret-loi du 28 août 1935 a institué une réduction temporaire en ramenant ces droits à 8 p. 100 pour les actes enregistrés avant le 31 mars 1936. Ce délai a été prorogé jusqu'au 31 décembre 1936 (Loi du 25 mars 1936).

3. Loi du 27 février 1912, art. 7, édicte la nullité de la contre-lettre au point de vue civil, mais laisse subsister en outre les sanctions fiscales : a) droit en sus pour insuffisance ; b) amende du quart de la somme dissimulée qui n'exclut pas la perception du droit simple. Mais par deux solutions en date des 14 mars et 4 mai 1928, la régie a admis que l'amende était exclusive de toute autre perception sur la contre-lettre. V. Allix-Lecerclé, p. 523.¹

4. V. Lyon, 17 juin 1925, D. H. 1925, 507. Demogue, *Rev. Trim.*, 1925, p. 127.

dissimulations de prix, qu'il s'agisse d'ailleurs d'un bail avec promesse de vente, ou d'une vente avec réserve de propriété.

83. — Mais la question soulevée par l'opération envisagée s'est présentée sous un aspect tout différent et les questions qu'elle a soulevées sont plus délicates. La position que nous avons prise sur la situation juridique de l'acquéreur après les auteurs et la jurisprudence de la Cour Suprême, qui considèrent celui-ci pendente conditione non pas comme un simple détenteur précaire, mais comme un véritable possesseur pro emptore investi d'un droit sous condition suspensive, va se heurter à la conception des auteurs qui croient possible de mettre en suspens la nature juridique de la convention, par la conclusion d'un bail qui sera résolu sous la condition suspensive de la conclusion de la vente ¹.

La question qui se pose alors est celle de savoir si la qualification de « locataire » ou « gérant », et par suite la nature de « loyers » ainsi imprimée aux divers versements effectués ne va pas tomber sous le coup des lois fiscales ci-dessus rappelées ².

Les décisions nous révèlent qu'en pratique la convention dite gérance-vente comporte les stipulations pécuniaires suivantes : Une somme fixe est généralement déposée entre les mains du bailleur vendeur à titre de « garantie » de bonne gestion ou « d'arrhes » à imputer sur le prix qui sera finalement payé au moment de l'acceptation de la promesse, arrhes qui restent définitivement acquises au vendeur au cas où la promesse ne serait pas levée. D'autre part pendant la durée du bail des mensualités généralement assez élevées sont payées aux termes stipulés. Les difficultés se sont élevées sur la nature juridique de cette somme fixe déposée à titre d'arrhes. Manifeste-t-elle en la personne du locataire l'existence d'une « obligation d'acheter » auquel cas cette obligation d'acheter en face de l'obligation de vendre ne constituerait rien moins qu'une vente encore que la propriété soit transférée ultérieurement ³.

Les décisions de la jurisprudence ne sont d'accord, ni sur ce point, si sur la sanction qu'il convient dans l'affirmative de prononcer.

84. — Le premier arrêt qui ait eu à trancher cette délicate

Savatier. Nullité des conventions portant dissimulation de prix. *Rep. Prat. Not.*, 1927, I, p. 317, art. 2, 423. Pour les ventes d'immeubles, v. Froger. *Th. Paris* 1932.

1. Théorie des deux conditons.

2. Le régime de la nullité, établi par la loi du 27 février 1912, a été étendu aux ventes de navires et bateaux de plus de 100 tonnes par la loi du 22 mars 1924, article 28. Req. 14 mars 1934, S. 1934. 1, 176 et aux cessions de bail ou de promesse de bail par la loi du 13 juillet 1925, art. 36. V. *supra* : Introduction, p. II.

3. La question a été résolue par l'affirmative, nous le rappelons en matière de lotissements par la loi du 30 juillet 1930.

question nous semble être celui rendu par la Cour d'Amiens, le 1^{er} février 1929¹. Par acte enregistré du 16 juillet 1927 une personne prend en gérance un fonds d'hôtel moyennant le versement à titre de « garantie » de 80.000 francs et le paiement trimestriel d'une redevance de 7.500 francs. Ces divers paiements devaient être imputés au jour de l'acceptation de la promesse de vente sur le prix qui était, dès ce jour, fixé à 380.000 francs. La Cour déduit, de ce qu'il ne pouvait être disposé de la somme de 80.000 francs « qu'elle n'était pas une simple garantie mais bien un « acompte » sur le prix de vente », et faisant application d'office de la loi du 27 février 1912, déclare nul pour dissimulation le contrat du 16 juillet 1927. La Cour de Paris, le 23 octobre 1929² annule une convention analogue « considérant... qu'on se trouve en présence d'une convention qui a eu pour but de dissimuler une partie du prix d'une cession de fonds de commerce, que l'article 7 de la loi du 27 février 1912 qui frappe de nullité de pareilles conventions permet d'atteindre non seulement celles qui constituent par elles-mêmes des dissimulations, mais celles qui sont faites dans le but de parvenir à une dissimulation³ ». Et la Cour sur le fondement de cette nullité condamne en outre l'intermédiaire, négociateur de ces conventions au remboursement de ses commissions⁴;

85. — A l'opposé de ces décisions un arrêt de la Cour de Poitiers du 9 juillet 1929⁵ a situé exactement le problème dans les termes suivants : La question qui se pose est celle de savoir : « si dans l'intention des parties la conclusion de la vente était réellement reportée à l'expiration du bail, ou si, au contraire, elle était immédiate, ce qui aurait entraîné la perception d'un droit de mutation dont le Trésor se trouverait frustré au cas, ou pour une cause ou une autre, la promesse ne serait pas réalisée. » Et considérant que les termes du contrat sont formels et ne donnent lieu à aucune interprétation, qu'aucune des clauses n'est incompatible avec la qualification que les parties lui ont donnée, l'arrêt prend position sur la nature de la somme déposée dans les termes suivants : « Attendu que pour assurer la réalisation de la promesse de vente il était stipulé, qu'au cas où les époux Blondeau se départiraient, les 80.000 francs déposés aux époux Heuveline leur appartiendraient de plein droit, ce qui, au termes de l'article 1590 C. c., comportait un dédit iden-

1. S. 1930, 2, 29 et la note. V. aussi Chéron. *Rev. Crit.*, 1930, p. 421.

2. S. 1930, 2, 47. Kupfer c/Morisset et Chevance.

3. Sur ce point, Riom, 24 mai 1934. D. H. 1934, 420. Req. 3 mai 1930. G. P. 1930, 2, 165.

4. Sur l'étendue de la responsabilité des courtiers en cette matière, v. Req., 26 avril 1926. S. 1927, 1, 17, n. Balleydier.

5. S. 1930, 2, 27. Heuveline c/Blondeau. Sur cet arrêt, v. A. Chéron, *Rev. Crit.*, 1930, 422.

tique à la charge des promettants; que cette stipulation d'arrhes ne changerait pas la portée de la convention. »

La Cour reformant la décision du Tribunal de commerce repousse la nullité que celui-ci avait admise sur le fondement de l'article 7 de la loi de 1912. Dans le même sens se sont prononcés la Cour de Paris le 29 décembre 1929 ¹ et le Tribunal de commerce de la Seine le 12 décembre 1929, lequel se plaçant au regard de la loi de 1912 décide qu'il n'y a dans un bail avec promesse de vente aucune dissimulation de prix car : « le prix de vente si la promesse est réalisée par les gérants est indiqué et révélé à l'enregistrement », il n'y a donc aucun « dol fiscal ».

86. — Nous considérons cette dernière conception ² comme seule fondée en droit et dans l'intention réelle des parties.

Il est de principe certain que la loi fiscale est d'interprétation stricte quand elle prononce une sanction ³. Cette interprétation restrictive s'impose d'autant plus en présence d'une nullité d'ordre civil comme celle instituée par la loi de 1912, qui soulève les critiques unanimes. Interprétation restrictive d'ailleurs admise par la jurisprudence lorsqu'elle décide que la seule contre-lettre visée par la loi est celle qui porte augmentation secrète du prix et non celle qui aurait un autre objet ⁴. D'autre part il est également admis qu'à la différence de l'insuffisance ou de l'omission que l'enregistrement peut sanctionner encore qu'elles soient involontaires, la dissimulation atteinte par la loi de 1912 doit être intentionnelle ⁵, on dit quelquefois « frauduleuse ».

Il est bien certain que la notion de dissimulation en droit fiscal étant ainsi entendue on ne la retrouve pas toujours dans les actes présentés à la formalité. Tous les éléments de prix se retrouvent dans les actes de vente à transfert différé et l'Administration, qui ne peut exiger que les redevables lui fournissent autre chose que les éléments d'appréciation nécessaires à la perception, est certainement à même par la seule présentation des actes, d'apprécier le caractère des éléments imposables.

Si au contraire il y a bail avec promesse de vente, forme sous laquelle se présente le plus fréquemment en pratique la convention lorsqu'elle porte sur un fonds de commerce, et bien qu'elle diffère

1. G. P. 1930, 1, 196.

2. Bien qu'aucun arrêt de la Cour suprême ne vienne directement l'appuyer il semble qu'au moins implicitement, elle ait été admise dans l'arrêt déjà cité de la Chambre civ. du 22 février 1887. D. P. 1887, 1, 500. Comp. Civ. cass., 8 janvier 1936, D. H. 1936, 97, arrêt d'espèce dans lequel les juges du fait avaient souverainement relevé l'existence de la dissimulation.

3. V. n. Esmein, S. 1933, 1, 34. S. 1934, 1, 241.

4. Caen, 23 février 1928, G. P. 17 novembre 1928.

5. P. Esmein. *Rep. Prat. Not.*, 1933, art. 23, 409, n° 21, *in fine*, p. 179. Allix et Lecerclé. Enregistrement, p. 521.

alors de la précédente, aucune mutation ne se produit non plus au moment de sa conclusion. Cette mutation ne se réalisera qu'au moment où la promesse étant acceptée, l'opération se transformera en contrat de vente. C'est donc une « idée audacieuse que d'atteindre une fraude possible... conclure de l'usage d'un droit à la volonté de frauder, c'est s'appuyer sur une présomption manquant de gravité ¹ ».

87. — Critiquables dans l'application à l'espèce de la loi de 1912, les arrêts le sont encore davantage quant à la portée reconnue à la sanction. Nous avons vu que ces décisions avaient prononcé la nullité totale de l'opération afin de remettre les parties intégralement dans la situation où elles se seraient trouvées avant l'opération ². Or en admettant qu'il y ait ici dissimulation de prix il est de principe constant que la nullité ne frappe que la seule contre-lettre, seul élément qui viole la prohibition légale et doit laisser subsister les obligations portées à l'acte apparent ³. La Cour Suprême qui l'avait admis à plusieurs reprises déjà ⁴ vient de la consacrer à nouveau par l'arrêt de sa Chambre des requêtes en date du 14 mars 1934 ⁵ dans une espèce qui intéresse directement notre sujet.

Quoique la Cour Suprême déclare expressément ne pas avoir à rechercher la nature juridique de l'opération elle fait application à la location-vente d'un navire, des principes de l'article 7 de la loi du 27 février 1912, que l'article 28 de la loi du 22 mars 1924 a étendu à cette matière, en déclarant : « Que la nullité que cet article édicte à l'encontre de la seule convention secrète laisse en effet subsister à la charge du débiteur les obligations qui sont mentionnées à l'acte ostensible. »

88. — Nous en aurions terminé avec l'étude qui peut être réservée à la simulation dans le contrat de vente à tempérament si le législateur n'avait entamé une nouvelle offensive par la promulgation de la loi du 13 juillet 1925. L'article 44 de cette loi punit d'un double droit en sus non plus la dissimulation de prix, mais la simulation de la nature du contrat. Ce texte dont heureusement l'Administration ne semble pas avoir fait un emploi bien rigoureux était destiné dans la pensée même de ses promoteurs à répri-

1. Demogue. *Rev. Trim.*, 1930, 117.

2. V. dans le même sens sur ce point. Lyon, 17 juin 1925, D. H. 1925, 507. Trib. civ. Belfort, 4 décembre 1924, D. P. 1925, 2, 70.

3. Principe qui par ses résultats prouverait, s'il en était encore besoin, la fausseté de la position prise par la loi de 1912.

4. Req., 21 avril 1928, D. H. 1928, 269. Civ. cass. 25 juillet 1928. S. 1928, 1, 351 D. P. 1928, 1, 133. Req. 18 juillet 1934, D. H. 1934, 476. V. quoiqu'en une autre matière Civ. Rej., 25 avril 1931, D. P. 1931, 1, 62, n. Wagner.

5. S. 1934, 1, 176. Cie Méditerranéenne c/Soc. Morue française; adde Req. 30 décembre 1935. *Le Quotidien juridique*, 16 février 1936.

mer « les habiles applications de la loi ». Alors que le principe de la liberté pour les relevances de choisir entre deux procédés celui qui donnera ouverture aux droits les moins élevés, était unanimement admis, ce texte voulait manifestement le renverser pour atteindre les procédés jusqu'alors reconnus réguliers. Malheureusement pour la régie il a été mal rédigé et sans aucunement renverser le principe précédent, il se borne à prononcer une pénalité au cas où l'administration exerce son droit, qu'il ne s'agit pas ici de contester, de rétablir la véritable nature des actes. Pour qu'il y ait application des sanctions il faut : 1° que la nature de l'acte ait été intentionnellement dissimulée ; 2° que l'acte adopté donne ouverture à des droits moins élevés. Quelle est la part à faire à ce texte dans notre matière ?

89. — Nous n'avons pas trouvé de décision qui en fasse application si ce n'est pour l'écarter ¹. Une distinction nous paraît devoir être faite. Si l'acte stipule une « vente avec réserve de propriété » aucune sanction n'est encourue, car c'est à l'administration à apprécier le caractère des actes en se référant aux principes du droit civil ². La jurisprudence de la Cour Suprême précédemment étudiée nous donne dans ce cas la solution : aucun droit de mutation n'est dû à la conclusion du contrat, seul un droit d'acte (droit fixe de 22 fr. 50) doit être actuellement perçu en réservant la perception du droit proportionnel pour l'époque de la réalisation de la condition suspensive.

Le contrat stipule au contraire qu'il s'agit d'une « location-vente » ou « gérance-vente » ³. Il y a là, nous l'avons vu, une qualification inexacte, l'acquéreur sauf dans le cas de bail avec promesse de vente, n'est jamais *pendente conditione* un locataire, il possède *animo sibi habendi*. Mais il ne semble pas que les sanctions fiscales soient *ipso facto* encourues. L'article 44 de la loi du 13 juillet 1925, comme la loi de 1912, vise l'illicite intentionnel, ou selon les déclarations de l'administration elle-même « les opérations ayant volontairement un caractère frauduleux ». Or il s'agit fréquemment de qualification inexacte et erronée, non pas toujours d'une « simula-

1. Trib. Civ. Seine, 10 décembre 1935, G. T. 3 avril 1936 : « L'art. 7, § 1 de la loi du 27 février 1912, devenu l'article 182 du C. de l'enregistrement, dit cette décision, doit être différencié de l'article 188 du même code avec d'autant plus de soin que, visant la dissimulation d'une « quotité » du prix de la vente d'un fonds de commerce, il édicte la nullité absolue de l'acte impliquant cette dissimulation, alors que, visant la « nature » d'un acte simulant une convention autre que la vente qu'il réalise, l'article 188 impose le paiement d'un double droit en sus. » Le tribunal écarte en l'espèce l'application des art. 188 et 182.

2. Pilon, n° 93 et suivants, notamment n° 103. Cf. Trotabas. « Les rapports du droit fiscal et du droit privé » *Chr.* D. H. 1926, 29. Lalou. « Droit civil contre droit fiscal ». *Chr.*, D. H. 1927, 9.

3. Nous avons précédemment marqué la différence de ces opérations avec celles dites « bail avec promesse de vente » ou « gérance avec promesse de vente », *supra* n° 78.

tion frauduleuse ». Nous admettrions donc l'application du double droit en sus au cas où il serait établi que la qualification donnée aux « loyers » versés ne l'a été que dans l'intention d'esquiver le paiement des droits de mutation ¹ : Preuve qui sera à la charge de l'administration et qui ne peut être administrée que par des moyens compatibles avec le principe de la procédure écrite qui est de règle en matière fiscale.

B. — DE LA FRAUDE A LA LOI, EN MATIÈRE DE LOCATION-VENTE

90. — La garantie indirecte ainsi obtenue par l'emploi de la vente à transfert de propriété différé tombe-t-elle sous les coups de la théorie de la fraude à la loi ?

Nous avons vu que la Cour de cassation protège la masse de la faillite de l'acquéreur sans recourir à cette notion. Il lui suffit d'invoquer la possession du failli et la solvabilité apparente ainsi procurée pour déclarer inopposable la condition suspensive. Invoquant l'arrêt précité de la Chambre des requêtes du 21 juillet 1897, M. Ligeropoulo y voit au contraire une consécration certaine de la fraude à la loi ². Repoussant l'argument tiré de la solvabilité apparente et de la possession ostensible des marchandises par l'acheteur, il cherche ailleurs le fondement des dispositions des articles 550 et 576 du Code de commerce. L'auteur le trouve dans le transfert de propriété opéré par la vente et logique avec la théorie objective qu'il défend, il en voit la consécration dans le fait que « la location-vente, procure en fait au vendeur tous les avantages d'une vente à tempérament ordinaire ».

In medio virtus et in cauda venenum... car s'il est bien vrai que les dispositions des articles 550 et 576 du C. de com. supposent pour s'appliquer un transfert de propriété réalisé, le *pactum reservati dominii* a précisément pour but de retarder ce transfert. Partant de ce raisonnement, certaines Cours d'appel ³ ont en conséquence refusé d'appliquer ces textes aux ventes de cette nature. On a en effet relevé que les dispositions du C. de com. invoquées ici « frappent dans le vide à l'égard de la clause de réserve de propriété ⁴ ».

Aussi n'est-il pas certain que la Cour Suprême attachât une telle importance à l'argument de texte car nous observons que dans son arrêt de rejet du 28 mars 1934 ⁵ la Chambre civile n'en fait pas

1. Instruction 3860, § 9, en même sens : Esmein, *Rep. prat.*, 1933, art. 23409, n° 21, *in fine*. Planiol et Ripert, XIV, suppl. au t. VI, n° 336. Note au S. 1930, 2. 29.

2. *Op. cit.*, n° 94.

3. Nîmes, 13 mai 1933. Riom, 8 juin 1933, G. P. 1933, 2, 424, cités par M^{lle} Vandamme dans sa note au D. P. 1934, 1, 151.

4. Vandamme, note citée, p. 155, 1^{re} col.

5. D. P. 1934, 1, 151, 1^{re} espèce.

mention et se contente d'invoquer « la règle de droit » qui interdit au vendeur de reprendre les choses livrées antérieurement à la faillite, et qui sont devenues les éléments de la solvabilité apparente du failli. L'élément objectif, en tant du moins qu'on voudrait le trouver dans le transfert de propriété, ne nous semble donc pas plus admis dans la décision de la Cour Suprême de 1897, que dans celle de 1934.

91. — Les auteurs partisans de la théorie subjective n'ont pas davantage retenu notre hypothèse comme entrant dans la théorie de la fraude à la loi mais pour une autre raison. Le même arrêt de la Chambre des requêtes de 1897 est, en effet, invoqué par eux comme un cas de fraude à la masse de la faillite ¹.

Nous avons déjà souligné les paroles mêmes du conseiller rapporteur, qui repoussant expressément cette idée de « fraude à la masse », demandait instamment à la Chambre des requêtes de ne pas donner à son arrêt le caractère d'une solution d'espèce ².

La Chambre des requêtes nous paraît avoir suivi son rapporteur. Si la loi ordonne dans quelques cas le sacrifice de certains intérêts particuliers c'est qu'elle tient pour supérieurs ici ceux de la masse. Au surplus on comprendrait mal que l'on arguât de fraude l'acte par lequel un vendeur cherche à se protéger contre une perte éventuelle. Il ne cherche pas à nuire aux intérêts d'autrui en défendant les siens ³.

On peut donc difficilement parler de fraude intentionnelle à l'égard des créanciers chirographaires qui n'ignorent pas la fréquence de ces ventes à transfert de propriété différé. Il est permis de regretter d'ailleurs l'absence de publicité organisée qui, les renseignant sur la consistance réelle de l'actif de leur débiteur, permettrait un juste équilibre des intérêts en présence. C'est pour parer à cet inconvénient que le législateur vient tout récemment d'inaugurer un système de publicité pour la vente à tempérament des voitures automobiles.

L'organisation récente du privilège de vendeur à tempérament.

92. — Le Droit positif français avait sur ce point été distancé par les législations étrangères des grands pays exportateurs pour lesquels la nécessité de l'organisation du crédit s'était faite sentir de bonne heure ⁴.

1. Desbois, p. 179.

2. *Supra*, n° 76.

3. En ce sens, P. Esmein. *Rep. Prat. Nat.*, art. 23398, n° 10, p. 152. Percerou, *An. de Droit Com.*, 1931, p. 197.

4. V. le résumé des principales législations étrangères dans le rapport présenté par M. Sarrau, secrétaire général de l'Union internationale des avocats, au Congrès de l'Union tenu en 1932. *An. de Dr. Com.*, 1933. « Un projet de règlement international des ventes à tempérament », p. 310 et s.

Les articles 715 du C. de com. suisse et 227 de C. des Obligations reconnaissent la validité *inter partes* du pacte de réserve de propriété et son opposabilité aux tiers moyennant une inscription sur le registre de l'office des poursuites ¹. L'article 455 du C. c., allemand organise une publicité analogue.

Le C. de com. italien, dans son article 773 3°, accorde pendant trois ans un privilège au vendeur de machines industrielles ou agricoles ², et un décret du 15 mars 1927 est venu organiser une publicité analogue pour la vente à crédit des voitures automobiles. Le privilège est garanti par une inscription sur un registre tenu par l'Automobile Club italien.

Nous ne pouvons consacrer davantage de développements ³ à ces questions qui ne toucheraient plus au problème de la simulation.

93. — Nous devons toutefois rappeler qu'en France, la vente à tempérament de valeurs de bourse, réglementée par la loi du 12 mars 1900, a été interdite, sous les peines de l'article 405 C. p. lorsqu'elle a pour objet des valeurs à lots, par la loi du 14 décembre 1926.

Quant aux ventes d'objets mobiliers servant à l'exploitation d'un fonds de commerce ; machines-outils, métiers, machines à imprimer, camions et voitures automobiles qui sont l'objet le plus fréquent de ces sortes d'opérations, on a proposé d'utiliser la publicité organisée par la loi du 17 mars 1909 sur la vente et le nantissement des fonds de commerce ⁴. L'article 9, § 1 de cette

1. Art. 715, du C. de com. suisse (10 décembre 1907). « Le pacte en vertu duquel l'aliénateur se réserve la propriété d'un meuble transféré à l'acquéreur, n'est valable que s'il a été inscrit au domicile actuel de ce dernier, dans un registre public, tenu par l'agent des poursuites. Le pacte de réserve de propriété est prohibé dans le commerce de bétail. » Art. 716. « Ceux qui font des ventes par acompte ne peuvent revendiquer les objets vendus sous réserve de propriété qu'à la condition de restituer les acomptes reçus sous déduction d'un loyer équitable et d'une indemnité d'usure. » Art. 227, C. O. (30 mars 1911). « Les règles concernant le pacte de réserve de propriété sont applicables au vendeur qui revendique la propriété de la chose. Si le vendeur se départit du contrat, le vendeur et l'acheteur sont tenus de restituer les prestations qu'ils se sont faites, le vendeur peut réclamer un loyer équitable et une indemnité pour la détérioration de la chose. Les conventions imposant à l'acheteur des obligations plus étendues sont nulles et de nul effet. »

2. Art. 773, 3° du C. de com. italien. « Les créances ayant pour objet le prix non demandé de machines d'une valeur importante employées dans une exploitation industrielle ou agricole sont privilégiées au rang indiqué sous le paragraphe 6 de l'article 1958 du C. de com. (correspondant au 2° de notre article 2102 du C. c.) en faveur des marchandises vendues ou remises au failli dans les trois années antérieures à la déclaration de faillite, fussent-elles devenues immeubles par destination. Ce privilège ne peut avoir d'effet que si dans les trois mois de la remise de la machine à l'acheteur en Italie, le vendeur a fait transcrire l'acte concernant la vente et la créance sur un registre spécial et public qui doit être tenu dans la forme indiquée par un décret royal, au Greffe du Tribunal de commerce dans le ressort duquel les machines sont installées. »

3. V. en outre pour la Belgique, art. 546, C. de com. Loi hypothécaire du 16 décembre 1851. Loi des Faillites du 18 avril 1851.

4. V. note anonyme, D. P. 1912, 2, 149.

loi prévoit en effet que le nantissement peut avoir pour objet « le mobilier commercial, le matériel ou l'outillage servant à l'exploitation du fonds ».

S'il est vrai que l'objet de ces ventes porte la plupart du temps sur des meubles « servant à l'exploitation d'un fonds », on peut cependant objecter que c'est une idée pour le moins singulière que de considérer l'acheteur comme un donneur de gage et de conférer au vendeur le privilège du créancier gagiste. C'est pourtant le point de vue qu'a consacré la loi du 29 décembre 1934¹ dont l'article 2, alinéa 1 porte que les vendeurs devront pour conserver leur gage « dans les termes de l'article 2076, en faire mention sur un registre spécial à souche qui sera ouvert à cet effet dans toutes les préfectures ».

Moyennant l'observation des mesures de publicité que cette loi organise il semble bien que le législateur ait voulu rendre opposable aux autres créanciers de l'acheteur, le privilège ainsi conféré au vendeur. Reconnaissons que ce serait en ce qui concerne tout au moins les voitures automobiles un renversement complet de la position prise par la Cour de cassation. Jusqu'à présent² les tribunaux n'ont pas eu à notre connaissance à statuer sur l'application de cette loi³.

Quelques auteurs ont enfin proposé pour la protection du vendeur d'un fonds de commerce l'utilisation de la publicité organisée par la loi du 17 mars 1909. Les termes de son article 3 : « Toute vente ou cession de fonds de commerce consentie même sous condition ou *sous la forme d'un autre contrat* » paraissent en effet assez larges pour englober les contrats de gérance avec promesse de vente et de gérance-vente⁴.

1. V. l'analyse critique de cette loi dans l'étude que lui a consacrée M. le professeur Capitant, D. H. 1935, 9 et suiv. Adde : Lameiguère M. *La vente à crédit des véhicules automobiles avant et après la loi du 29 décembre 1934*, Delmas éd. 1935. Timbal. Des ventes d'automobiles à tempérament. *Rec. Ac. Leg.* Toulouse, 1934-1935, p. 71.

2. V. Paris, 1^{er} avril 1936. G. T. 6 août 1936. « Considérant que ces diverses clauses (du contrat de vente à transfert de propriété différé) sont parfaitement licites, que n'ayant rien de contraire à l'ordre public elles s'imposent au juge, que l'esprit dans le quel elles sont conçues se retrouve dans les dispositions de la loi récente du 29 décembre 1934 ».

3. Celle-ci fait partie d'une proposition actuellement pendante devant la Chambre des Députés tendant à réglementer la location-vente d'objets mobiliers. Proposition Besset, Doc. parl. Chambre, Annexe n° 741, 2^e session ext. 1932, p. 42. V. sur cette proposition rapport Dommange au nom de la Com. de Commerce, Doc. parl. Chambre, Annexe n° 1989, session ord. 1933, p. 1255.¹

4. Sur ce point, v. Granger, *Th. Paris*, 1929, nos 137 à 139. Rapp. Lalou H. La mise en gérance des fonds de commerce. *Chr. D. H.*, 1928, 25 et note sous Paris, 24 avril 1928. D. P. 1929, 2, 63.

DEUXIÈME PARTIE

L'ÉLÉMENT MATÉRIEL DE L'ACTE SIMULÉ

94. — Après avoir étudié l'acte simulé dans ses éléments psychologiques nous allons essayer de le décomposer dans ses éléments matériels. C'est en quelque sorte l'étude du domaine de la simulation que nous allons entreprendre. Celle-ci peut avoir les buts les plus divers, nous n'avons pas l'intention d'en faire l'étude détaillée, car les motifs d'un acte sont innombrables et leur étude ne présenterait aucun intérêt scientifique.

Il nous paraît plus intéressant de rechercher comment sont obtenus ces résultats. Le concert frauduleux élaboré par les simulateurs résulte de leur accord, de leur convention. La simulation est une convention, et suivant le but recherché elle consistera à jeter un voile trompeur sur tel ou tel élément ou sur l'existence même de celle-ci. Ce sera par exemple une hypothèse de simulation que celle qui consistera à faire apparaître telle personne comme titulaire d'un droit, alors qu'en réalité, on aura contracté avec telle autre. Nous serons en présence d'une simulation portant sur les parties à un acte juridique. C'est l'hypothèse connue sous le nom d'interposition de personnes. Nous aurons à la distinguer d'opérations voisines.

L'accord pour tromper peut encore consister à feindre de passer une convention ayant un objet donné; alors qu'en réalité on veut en réaliser une autre. De l'objet il faut encore distinguer la cause. L'acte juridiquement simulé doit avoir une cause, mais il se peut que cette cause n'ait qu'une réalité matérielle ou apparente¹. La cause, est alors fausse. Nous aurons à rechercher ce qu'est la fausse cause, quand elle est dite simulée et cela nous fournira l'occasion d'étudier la simulation dans les actes qui sont détachés de leur cause et en particulier dans les actes dits abstraits.

Mais une question préalable se pose qui, par son importance domine à nos yeux tout le débat. Nous avons dit que la simulation est une convention. C'est une affirmation qu'il faut démontrer, car elle a été des plus contestées.

1. C'est à ce point de vue que nous avons cru devoir placer l'étude de la fausse cause parmi celle des éléments matériels de l'acte apparent.

Il nous faudra donc examiner le bien-fondé de cette conception, puisque d'une part le caractère conventionnel de la simulation domine la question de savoir si elle est possible dans les actes qui ont leur source dans la volonté unilatérale, lorsque ceux-ci sont expressément admis par notre droit. D'autre part, c'est encore le caractère conventionnel qui nous servira de critère pour la distinction de l'interposition de personnes et des institutions voisines.

Ainsi le vaste domaine de la simulation nous apparaît dominé par son caractère conventionnel et il est nécessaire avant d'aborder l'étude des éléments matériels de cette convention d'étudier l'existence même de celle-ci ¹.

Nous sommes donc amenés à diviser cette 2^e partie en trois chapitres respectivement consacrés : le premier au caractère conventionnel de la simulation, le second aux parties de la convention, le troisième à l'objet et à la cause de la convention.

1. L'étude de la convention parmi les éléments matériels quoique relevant apparemment d'une mauvaise méthode se justifie par cette considération que la volonté des simulateurs ne peut être prise en considération, qu'autant qu'elle s'est extériorisée.

CHAPITRE PREMIER

DU CARACTÈRE CONVENTIONNEL DE LA SIMULATION

95. — Nous avons dit que le but des simulateurs était en général de tromper, d'abuser les tiers sur la portée de leurs opérations. L'acte simulé jette un écran à l'abri duquel opèrent ses protagonistes. La simulation est un des nombreux moyens par lesquels les individus contribuent à créer l'illusion. L'interprète doit cependant s'efforcer d'échapper au mirage. La mission du juge ne peut être remplie avec sécurité que s'il s'efforce de rechercher derrière les mots trompeurs la pensée réelle. Il pourra alors lui paraître équitable que ceux qui ont contribué à créer l'apparence soient pris à leur propre piège. Mais il nous paraît nécessaire avant de prononcer la sanction, qu'il prenne une conscience entière des causes de cette apparence. Cette discrimination nécessaire, souvent très difficile, est toute en nuances. L'apparence juridique par l'importance des problèmes qu'elle soulève est une réalité du droit. Mais elle n'est qu'une conséquence, un effet commun à des causes différentes. C'est par la recherche de ces causes, que le juge doit introduire la justice dans les rapports de droit. Des causes différentes sont à la base de l'apparence juridique. La cause efficiente de l'apparence simulée, est un accord, une convention¹. Elle diffère par là des situations de faits apparentes. C'est encore ce qui la distingue de certains actes juridiques qui, s'ils ne correspondent pas à la volonté réelle de leurs auteurs, ne peuvent pas toujours être qualifiés de simulés. C'est à la distinction de ces différentes hypothèses que nous allons nous consacrer en étudiant successivement :

Section I. — La simulation et l'apparence.

— II. — La simulation et la réserve mentale.

— III. — La preuve de la simulation.

SECTION I. — Simulation et apparence.

96. — Nous nous arrêterons ici au problème de l'apparence dans le seul but de replacer la simulation dans le milieu qui est

1. La nécessité de l'accord des parties est précisée par l'article 134 du Code polonais des obligations du 1^{er} juillet 1934.

sien. La théorie de l'apparence dont l'étude a donné lieu à de récents travaux de synthèse ¹, se présente en effet, comme le genre dont l'acte simulé n'est qu'une espèce. En supposant que ce dernier donne toujours lieu à une situation apparente, nous pouvons déjà noter une différence de fonction entre la théorie de l'apparence et celle de la simulation. La théorie de l'apparence, que l'on a ramenée avec juste raison à un conflit « entre deux notions d'utilité ² » déclare qu'à l'égard du tiers qui s'est abusé, « les droits ou les qualités acquis ou conférés à la suite du simple examen de cette situation sont instantanément consolidés, et produisent leurs pleins effets *erga omnes* ³ ». Il ressort de cette définition même que l'idée d'apparence n'est qu'un « moyen » pour le juge de protéger les tiers « contre les rigueurs du droit ⁴ ». L'apparence est une conséquence dont la simulation n'est qu'une des causes. Aussi la théorie qui veut ramener tout le problème de l'apparence à celui de la simulation, n'est-elle pas généralement admise. Ramener la première à la seconde, c'est confondre les effets avec la cause. La prise en considération de l'apparence peut avoir son utilité pour éclairer les solutions à admettre quant aux effets de la simulation. Elle est inutile à la compréhension même de cette notion. Nous avons vu précédemment que la simulation affecte l'acte juridique dès l'instant de sa formation, l'idée d'apparence sert au contraire à en expliquer les effets *a posteriori* ⁵.

97. — A cette différence de fonction, s'en ajoute une autre qu'admet la thèse contraire dans des formules d'ailleurs contradictoires. M. Jonesco écrit en effet : « qu'entre ces deux notions il y a une différence quant à leurs sources. La sphère de la notion d'apparence est plus large que celle de la simulation ⁶. » On comprend mal alors, que cet auteur puisse étendre l'article 1321 du C. c. à toutes les hypothèses d'apparence ⁷, car cet article qui se rapporte aux obligations conventionnelles ne suffirait pas à régir toutes les hypothèses d'apparence, parmi lesquelles, si la simulation tient une place importante à côté des autres « manifestations de volonté » elle est étrangère aux autres sources d'apparence que l'on a grou-

1. Jonesco, *Thèse, Strasbourg*, 1928. J.-Ch. Laurent, *Thèse Caen*, 1931. V. aussi les notes de M. Savatier, D. P. 1922, 1, 22 et D. P. 1924, 2, 9. Esmein, D. P. 1921, 1, 313. Voirin, D. P. 1929, 2, 81. Jossierand, D. P. 1934, 1, 5. V. pour l'Italie : Sotgia Romes, 1930. R. Bolaffi, *Riv. Dir. Com.*, 1934, 1, 131 et s.

2. J.-Ch. Laurent, p. 7 et 324, n. 1, citant Geny : *Science et technique*, III, pp. 200, 201.

3. J.-Ch. Laurent, p. 6.

4. Esmein. S. 1921, 1, 313.

5. Japiot, p. 639 et 640 texte et n. 2.

6. *Op. cit.*, p. 120.

7. *Op. cit.*, p. 122.

pées autour de la notion de « publicité ¹ » et de « situations apparentes ² ».

« Toute l'apparence, écrit M. J.-Ch. Laurent³, ne peut être ramenée à la simulation, parce qu'elle n'implique pas nécessairement un accord entre les deux titulaires d'une situation juridique. »

Il faudrait pour qu'il en soit ainsi, qu'il soit possible de parler de simulation unilatérale ou de simulation en dehors des conventions. Encore cette conception laisserait-elle en dehors de son champ d'application, toutes les situations qui n'ont pas leur source dans un acte juridique, et qui cependant peuvent être l'objet d'apparence.

Cette conception nouvelle invoque une jurisprudence récente qui admet que l'acte simulé peut se concevoir sans convention. Il s'agit de l'arrêt rendu le 20 octobre 1926 par la Chambre des requêtes de la Cour de cassation ⁴ dans les circonstances suivantes :

Une mère, légataire universelle de sa fille, ayant souscrit une déclaration de valeur, jugée insuffisante par l'administration de l'Enregistrement, celle-ci requit une expertise pour faire déterminer la valeur vénale des biens légués au jour de la mutation. C'est alors, que la légataire exhiba un testament de son mari prédécédé, établissant que les immeubles, faisant l'objet du legs universel, lui avaient été antérieurement légués, et par suite, n'avaient jamais fait partie du patrimoine de sa fille. La légataire universelle prétendait n'avoir eu connaissance du premier testament que postérieurement à sa déclaration estimative.

Le Tribunal de première instance, ayant homologué le rapport d'expertise, condamna la légataire à payer au fisc, le montant des droits simples et les droits en sus exigibles pour insuffisance d'évaluation. Le pourvoi soutint qu'il y avait lieu d'ordonner la restitution des droits et pénalités perçus sur une mutation qui ne s'était pas produite.

Il ne nous semble pas que l'on puisse tirer argument de cet arrêt, pour étayer, une notion nouvelle de la simulation ⁵.

La seule question qui était posée à la Cour de cassation, et à laquelle, elle a répondu affirmativement était de savoir, si les droits avaient été régulièrement perçus. Celle-ci répond que « l'impôt de mutation par décès est perçu d'après la propriété apparente, c'est-à-dire conformément à la situation légale, telle qu'elle résulte d'actes régulièrement présentés à l'enregistrement ».

Sans doute la théorie de la propriété apparente en droit fiscal est-elle légitime en tant qu'elle ne met en œuvre que la théorie

1, 2, 3. J.-Ch. Laurent. *Op. cit.*, p. 366 et les exemples cités. Cf. *ibid*, tit. I, p. 95 et s., tit. II « Capacité apparente », pp. 209 à 226.

4. D. H. 1927, 5. S. 1927, 1, 73, n. P. Esmein, Vve Fache c. Enregistrement.

5. Simulation par préterition écrit M. Josserand, qui lui a donné la haute autorité de son adhésion. *Mobiles* n° 205.

générale des preuves, c'est-à-dire, en tant qu'elle ne confère à l'apparence que la valeur d'une présomption susceptible, à ce titre, de preuve contraire¹. Au cas contraire elle aboutit à créer une véritable règle de fond et devient illégitime dans la mesure où elle méconnaît la nature juridique du fait générateur de l'impôt. C'est à cette conception que se borne nous semble-t-il l'arrêt, en reconnaissant que « le tribunal s'est fondé à bon droit sur les présomptions, graves, précises, et concordantes... pour dire qu'aucune erreur matérielle n'avait vicié les déclarations régulièrement souscrites par la veuve Fache ». Or la preuve contraire à la présomption créée par l'apparence n'était pas rapportée en l'espèce. Ainsi qu'on l'a remarqué l'existence du testament invoqué n'était pas déniée. Ce que l'arrêt, après le jugement, a repoussé, c'est l'effet qu'aurait pu avoir la connaissance de cet acte sur la déclaration. La demanderesse invoquait l'ignorance dans laquelle, elle était à l'époque de la déclaration, ignorance, qui aurait provoqué son erreur, mais qu'elle n'offrait même pas de prouver. « Les affirmations de cette dernière, lisons-nous, en ce qui concerne l'ignorance du testament de son mari, lesquelles ne sont d'ailleurs assorties d'aucune offre de preuve de sa part, ne présentent aucun caractère de vraisemblance... le fait qu'elle a pu produire, les dispositions testamentaires de son mari, au moment précis où elle était informée des résultats défavorables de l'expertise est suspect, et laisse présumer qu'en réalité la dame H... n'a, à aucun moment, ignoré l'existence de ce testament. »

Il nous semble en conséquence que la Cour Suprême ne sort pas des limites de la force probante des présomptions judiciaires² en semblant admettre par *a contrario* que la déclaration aurait pu être viciée par l'erreur. Mais en l'absence de cette preuve, la présomption doit jouer en faveur de l'Administration. Pourquoi dès lors la Cour de cassation « n'a-t-elle pu se borner à invoquer la propriété apparente » et n'y aurait-il « qu'une façon de justifier la décision » en voyant « dans la privation du droit d'invoquer le testament une conséquence de la simulation commise par la veuve en passant le testament sous silence, et en déclarant les immeubles comme reçus par sa fille en héritage³ ».

C'est, nous semble-t-il, par un recours aux seuls principes du droit fiscal que l'arrêt motive lui-même sa décision.

Sans doute est-il loisible aux redevables de choisir le procédé le moins imposé, mais cette faculté trouve ses limites dans ce double principe que, d'une part, les parties sont liées par leur déclaration

1. Kneypert. « De la propriété apparente en matière de droit d'enregistrement », *Th. Paris*, 1928 et les arrêts cités par M. P. Esmein dans sa note sous l'arrêt S. 1927, 1, 73, précité.

2. En ce sens, Esmein note, *loc. cit.*, p. 74, 1^{re} col.

3. Esmein, *loc. cit.*, p. 74, 2^e col.

estimative, et d'autre part que le choix du procédé le moins imposé ne peut être efficace que s'il est opéré avant la formalité.

Principe qui se retrouve dans les caractères de la déclaration que l'on s'accorde à reconnaître comme étant obligatoire, subsidiaire et provisoire.

La Chambre des requêtes, nous l'avons dit, reconnaît implicitement le caractère provisoire de la déclaration en permettant aux parties de demander la restitution des droits si elles font la preuve d'une erreur ayant vicié leur estimation, par contre la déclaration est : « la base obligatoire de l'impôt » en ce sens qu'étant l'œuvre des parties, « la perception ainsi faite d'après les déclarations de l'acte n'est ni irrégulière, ni indue ¹. »

Or, déclare la Cour de cassation « la dame H... a nettement fixé par sa propre déclaration la qualité en vertu de laquelle lui était faite l'attribution des biens litigieux ».

Admettre les parties à rétracter leur option après la déclaration, ce que ne prétendait d'ailleurs pas le pourvoi, ne serait-ce pas soumettre la restitution des droits au bon plaisir des redevables ? Il nous semble donc que la Cour de cassation n'a fait que suivre la jurisprudence antérieure, en déclarant régulièrement perçus les droits déterminés par une exacte application des tarifs aux déclarations des parties ².

Ramené à ces limites, il nous semble difficile d'invoquer cet arrêt, qui se justifie par les principes propres à la matière, comme l'exemple d'une jurisprudence récente qui admettrait que l'acte simulé peut se concevoir sans convention. Il ne nous paraît pas possible d'étendre comme règle générale de droit civil, l'idée que les hypothèses d'apparence puissent se ramener à celles de la simulation. Le fait de garder le silence volontairement ou par suite d'ignorance peut donner lieu en fait à une situation apparente, il n'y a pas là simulation au sens juridique du terme. Nous n'en voulons pour preuve que quelques-unes des hypothèses d'apparence réglementées par le Code ou admises par la jurisprudence.

Tel est le cas du privilège du bailleur d'immeubles que l'article 2102 du C. c. fait porter « sur le prix de tout ce qui garnit les lieux loués ». La loi présume que le preneur est propriétaire du mobilier qu'il introduit dans son appartement. Par contre le bailleur ne peut invoquer son privilège s'il lui avait été dénoncé avant l'entrée des meubles dans des lieux loués, que le preneur n'en est que locataire, commodataire, ou dépositaire. Faite postérieurement la dénonciation serait inopérante car le gage du bailleur repose sur l'idée d'apparence. « On lui applique pour la constitution de son droit réel de gage, la même maxime, que s'il s'agissait pour lui

1. Pilon, nos 699 et 870.

2. Civ. Cass., 7 mai 1840. S. 1840, 1, 479.

d'acquérir la propriété : « En fait de meubles, possession... vaut titre ¹. »

C'est en effet une application de l'idée d'apparence que consacre la règle célèbre de l'article 2279 C. c., en mettant à l'abri de la revendication, le tiers acquéreur d'un objet mobilier ².

La jurisprudence, en n'exigeant pas la bonne foi de l'héritier apparent ³ élargit encore la portée des effets de l'apparence ⁴.

Sans doute y a-t-il dans ces différentes hypothèses simulation, en ce sens, qu'il y a une situation qui ne répond peut-être pas à la réalité objective des faits, mais c'est prendre le terme dans le sens que lui donne la langue courante, or la langue juridique est une langue technique dans laquelle les expressions ont un sens précis ⁵. La simulation suppose la juxtaposition volontaire de deux conventions, l'apparence peut au contraire résulter d'un fait involontaire ou d'une ignorance. Le cas du preneur qui introduit dans l'appartement loué des meubles dont il n'est pas propriétaire, et qui omet par ignorance d'en avertir son bailleur en est un exemple ⁶.

98. — Aussi n'est-il pas exact, après avoir noté, comme nous l'avons vu, une différence quant aux sources des deux situations d'ajouter : « Toutes les deux sont des situations de fait mensongères, toutes les deux se présentent sous une telle forme qu'on est dans l'impossibilité de connaître leur vice. Au point de vue de leurs effets vis-à-vis des tiers il n'y a plus aucune différence ⁷. »

Il est au contraire une différence, qui ne peut s'expliquer que par la différence de notion. La théorie de l'apparence ne prend en considération que la seule situation apparente, qui, en toute hypothèse est irrégulière, que cette situation ait été créée de bonne ⁸ ou de mauvaise foi ⁹.

Cette théorie n'a d'autre fonction que de « consolider » immédiatement les droits des tiers en considération de leur bonne foi. A ce

1. Planiol et Ripert. *Traité élémentaire*, II, n° 2470.

2. V. J.-Ch. Laurent, *Thèse précitée*, n°s 16 et 93.

3. Civ. 16 janvier 1843, 2^e espèce, D. P. 1843, 1, 49.

4. Au contraire, il n'y a pas de simulation involontaire ou de bonne foi et l'acquéreur qui a concouru à la convention simulée ne fait pas les fruits siens. Civ. Cass. 8 janvier 1936, D. H. 1936, 97.

5. Comparer à ce point de vue la définition de M. Jonesco : « simuler veut dire cacher », p. 120 à celle de M. Ferrara, « simuler c'est faire apparaître ce qui n'est pas ».

6. Req. 7 mai 1923, S. 1923, 1, 160. *Rev. Crit.*, 1925, 57.

7. Jonesco. *Op. cit.*, p. 126.

8. Idée dont fait application l'article 2005 en déclarant la révocation du mandat inopposable aux tiers « qui ont traité dans l'ignorance de cette révocation ».

9. Idée dont s'inspire l'arrêt précité du 16 janvier 1843.

point de vue les deux notions nous apparaissent comme indépendantes car l'acte simulé préexiste à la situation apparente et nous avons vu qu'il peut produire certains effets indépendamment de toute idée de protection des tiers de bonne foi.

La caractéristique de la notion de simulation est de conférer aux tiers un droit d'option. Ils peuvent s'en tenir suivant leur intérêt, soit à l'acte apparent, soit invoquer à leur profit la convention dissimulée. Cette option a son fondement dans la superposition de deux actes de volonté. Elle ne se conçoit pas dans la théorie de l'apparence parce que seule des deux notions étudiées, la simulation comporte nécessairement un mensonge concerté. Aussi la notion d'apparence est-elle « une idée qui peut trouver son application partout, et qui n'appartient pas exclusivement au droit seul ». Dans la notion juridique de simulation au contraire « il y a absence d'intention, lorsque de propos délibéré, on ne veut pas faire suivre l'acte des effets juridiques qui lui sont propres. Ce but ne peut être rempli qu'au moyen d'une entente avec la partie adverse. Telle est la base de l'idée de l'acte simulé ¹. »

SECTION II. — Simulation et réserve mentale ².

Nous avons vu dans la section précédente que le silence gardé sur une situation juridique donnait naissance à une situation apparente. Nous voulons ici tenter de démontrer que le même silence gardé à propos d'un acte juridique, ne constitue pas un acte simulé, mais un dol, dont les effets sont bien différents de ceux généralement attachés à la simulation.

Éléments de la réserve mentale.

99. — La réserve mentale est l'œuvre d'une seule personne; elle consiste de la part de celle-ci à ne pas vouloir ³ ce qu'elle exprime

1. Ihering. *Esprit*, *op. cit.*, § 52, pp. 220, 221.

2. La réserve mentale a surtout fait l'objet d'études étrangères. Von Pestalozza. *De begriff der mental reservation*, Munich, 1904. Savigny. *Système*, III, p. 270. Ferrara. *Simulazione*, pp. 40 et s., p. 107 et s. Pestalozza. *Simulazione*, pp. 420 et s., et V^o *Simulazione in Enciclopedia giuridica italiana*, n^{os} 15 et s. Messina. *Simulazione assoluta*, *Rev. Dir. Com.*, 1907, p. 508. Coviello. *Diritto civile*, I, p. 353. Chironi et Abello. *Tratt. dir. civ.*, I, pp. 395 et s. Chironi. *Questione di dir. civ.*, p. 131. Beza dos Santos. *A Simulacao em direito civil.*, p. 80. Barassi. *Notificazione necessaria nelle dichiarazioni stragiudiciali*, pp. 178 et s.

Les auteurs français lui consacrent peu de développements : Cf. Saleilles. *La déclaration de volonté*, pp. 5 et s. Niboyet. *Cours de doctorat*, 1933-1934, pp. 352 et s., 365 et s. Demogue. *Obligations* I, n^o 158, n^o 164. Planiol, Ripert et Esmein. *Traité* VI, p. 121. Boisselot. « De la notion de simulation », *Thèse Paris*, 1926, pp. 51 et s. Chabas. *Thèse précitée*, spécialement pp. 171 et s., 200 et s. Ligeropoulo. *Thèse précitée*, p. 31 et s. Mircea Durma. *La notification de la volonté*, *Thèse Paris*, 1930, n^o 44. Viforeanu. *Contribution à l'étude du contrat dans le projet franco-italien et en droit comparé*. *Thèse Paris*, 1932, n^o 28. Dereux. *De l'interprétation des actes juridiques*. *Thèse Paris*, 1905, p. 399.

3. La réserve mentale diffère par là de l'emploi dans un acte d'expressions

comme étant sa volonté réelle, et cela dans l'intention de tromper ¹ celui à qui est destinée cette déclaration de volonté ².

On aperçoit aussitôt les différences qui la séparent de la simulation telle que nous l'avons retenue jusqu'ici. S'il y a bien un hiatus entre la volonté réelle et la volonté manifestée pour tromper, il y manque par définition l'accord des parties.

Si le destinataire de la déclaration connaissait la volonté réelle, et l'a acceptée sans faire de réserves, les auteurs sont partagés sur le point de savoir, s'il y a alors simulation ³. La question nous paraît mal posée sous cette forme. Il s'agit en réalité de savoir si la personne qui a donné son acceptation dans de telles conditions, s'est valablement obligée, ou si elle pourra exciper de la nullité de l'offre. La réponse ne nous paraît pas absolue car la jurisprudence admet, dans certaines conditions, que le contrat est parfait lorsqu'il apparaît que l'intéressé se fût engagé, même s'il avait connu la situation réelle ⁴.

Ceci dit nous ne nous occuperons plus à l'avenir que de la réserve mentale à l'état naturel, c'est-à-dire inconnue de la contrepartie. Peut-on comprendre la réserve mentale dont notre jurisprudence française semble ignorer jusqu'à l'expression, parmi l'une des formes que l'on voudrait voir revêtir à la notion de simulation. Il y aurait dans cette notion de simulation « au sens large ⁵ » une simulation que l'on qualifie d'unilatérale, pour proclamer l'inutilité de la distinguer de la simulation conventionnelle ⁶. Distinction qui « si elle se justifie par l'analyse des éléments qui les composent, n'existe cependant à nul autre égard » puisqu'elles « sont semblables à la fois par leur structure et leurs effets ⁷. »

Nous nous attacherons à l'examen des deux propositions essentielles auxquelles on ramène la théorie de la réserve mentale. Après avoir proclamé son irrelevance de principe, il serait fait exception en faveur des actes *mortis causa*.

A. — PRINCIPE DE L'INEFFICACITÉ DE LA RÉSERVE MENTALE

100. — Aux termes du § 116, al. 1, B. G. B. : « Une déclaration de volonté n'est pas nulle par cela seul que celui de qui elle

ambiguës ou équivoques, qui peuvent donner lieu à interprétation. L'acte est généralement clair et précis.

1. Nous avons vu qu'à défaut de l'*animus decipiendi*, il y aurait acte *jocandi causa*. *Supra*, n^o 37 et s.

2. Même pour les offres au public, il est permis de penser qu'il y a toujours un destinataire, sinon déterminé au moment de l'émission, tout au moins déterminable ultérieurement.

3. *Pro*. Barassi. *Op. cit.*, p. 179. Pestalozza. *Enciclop.*, n^o 17, quant aux effets tout au moins ; *contra*, Ferrara. *Op. cit.*, p. 107. Demogue, I, n^o 164.

4. Req. 16 mars 1898, D. P. 1898, 1, 301.

5. Chironi et Abello. *Trattato dir. civ.*, p. 395.

6. Ligeropoulos. *Op. cit.*, p. 35, n. 4.

7. Boisselot, p. 53.

émane, ait entendu par voie de réserve mentale, ne pas vouloir ce qu'il a déclaré. »

Pour expliquer ce texte les auteurs italiens affirment sans plus que la réserve mentale n'influe pas sur la validité de la déclaration de volonté ¹.

Sans prendre garde que l'irrélevance de la réserve mentale reste encore à démontrer, M. Boisselot justifie en ces termes sa conception de la simulation unilatérale : « En dernière analyse la simulation, n'est autre chose qu'une double réserve mentale des contractants à l'égard des tiers, tandis que la réserve mentale peut-être considérée comme une simulation unilatérale ². »

Concevable dans un système juridique qui consacre la théorie de la déclaration de volonté, le principe de l'inefficacité de la réserve mentale doit être compris comme exprimant sous une forme elliptique un résultat considéré comme souhaitable par ses défenseurs ³. Dans le système consensualiste du droit latin pour atteindre ce résultat, il faut abandonner, dit-on, le terrain de l'acte juridique pour entrer dans celui de la responsabilité ⁴.

La manifestation de volonté affectée de réserve mentale est nulle parce qu'il lui manque la volonté du résultat juridique, mais le préjudice que subirait celui qui a donné son acceptation sera effacé, dit-on, par une réparation en nature qui consistera à déclarer l'offre obligatoire et le contrat formé.

101. — Cette théorie de la responsabilité paraît satisfaire l'équité, mais elle rencontre sur le plan juridique quelques objections. La notion de réparation en nature a été réfutée brillamment, et l'on a montré que dans les hypothèses prétendues de réparation en nature, on ne retrouvait pas toujours réunis les éléments caractéristiques de la responsabilité civile : la faute, le préjudice, le lien de causalité ⁵. Sans doute est-ce une faute que d'émettre une déclaration de volonté sans avoir l'intention de s'obliger, mais est-on sûr — nous pensons à l'hypothèse où seul l'acceptant s'engage-

1. Ferrara, p. 42. *Contra*, Pestalozza, n° 16. V. d'ailleurs une explication différente de ce texte par les auteurs allemands cités, Dereux. *Op. cit.*, pp. 357, 358, 399.

2. *Op. cit.*, p. 53 et dans le même sens Ferrara, p. 291, mais ce dernier repousse la notion de simulation unilatérale, p. 107. Cette analyse de la réserve mentale en une simulation unilatérale, et celle de la simulation en une réserve mentale bilatérale, alors que l'on relève entre les deux notions « une différence essentielle », nous paraît peu propre à éclaircir le sujet.

3. Demogue, t. I, n° 158.

4. Tournure elliptique encore employée par le C. tunisien des obligations, article 25 : « Les réserves ou les restrictions qui ne sont pas portées à la connaissance de l'autre partie ne peuvent ni infirmer, ni restreindre, les effets de la déclaration de volonté telle qu'elle résulte de son expression apparente. »

5. Lucienne Ripert. « La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle », *Thèse Paris*, 1933, nos 18, 25 et s.

rait actuellement ¹ — qu'il y ait un préjudice qui soit irrémédiablement subi. D'autre part est-on sûr que le maintien forcé de l'offre soit la réparation intégrale du préjudice ².

Il faut laisser aux institutions leurs caractéristiques propres, et ne pas faire « absorber » par la théorie de la responsabilité civile tous les problèmes du droit, lorsque le législateur y a pourvu autrement ³.

Or la théorie du dol nous paraît être une sanction parfaitement assortie à la répression de la réserve mentale lorsqu'elle affecte un acte entre vifs. Sans aller jusqu'à soutenir, ainsi qu'on l'a fait ⁴, que le dol n'était qu'un délit civil, il convient d'ailleurs dans l'organisation technique de l'action en nullité, de reconnaître que l'idée de réparation se combine avec celle de protection des contractants. C'est qu'il ne « s'agit plus alors seulement de protéger, mais aussi de punir ⁵ », aussi le dol est-il toujours une cause de nullité, quel que soit le point sur lequel l'erreur ait porté. Nous retrouverons dans les éléments constitutifs de la réserve mentale, ceux que l'on s'accorde à reconnaître au dol, sans recourir à la notion de simulation unilatérale ⁶. Encore que les faits constitutifs du dol ne puissent se prêter qu'à une définition aux contours indécis, la Cour Suprême retient comme tels, toutes affirmations mensongères telles « qu'il est évident que sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté » (art. 1116 C. c.).

Notre jurisprudence par un retour aux conceptions des premiers commentateurs du C. c. applique ce texte à la réticence ⁷.

1. Par exemple, au cas de soumission après appel d'offre par un industriel ou une administration, il n'est pas certain que le contrat eût été conclu.

2. Il suffira, diront les auteurs qui voient ici une simulation unilatérale, d'allouer des dommages et intérêts supplémentaires. Nous avouons ne pas avoir rencontré une seule décision qui, au cas de simulation conventionnelle prononcée, outre l'inopposabilité de la contre-lettre, une condamnation à des dommages et intérêts contre les simulateurs.

3. H. Mazeaud. « L'absorption des règles juridiques par le principe de la responsabilité civile ». *Chr. D. H.*, 1935, 5.

4. Colmet de Santerre. V. §§ 26, 26 bis.

5. G. Ripert. *Règle morale*, n° 47.

6. Nous verrons dans un instant les différences qu'entraîne ce point de vue. On pourrait nous objecter que notre théorie ne détruit pas la notion de simulation unilatérale, car elle vaudrait tout autant à l'égard de la simulation conventionnelle, si on assimilait l'action de simulation (action ou exception) à l'action pour dol. Nous ne le pensons pas pour des raisons qui tiennent précisément au caractère conventionnel de la simulation. Différence qui sépare irrémédiablement les deux notions. La simulation n'est pas le dol, car celui-ci n'est une cause de nullité que s'il émane de « l'une des parties » (art. 1116). L'objection précédente ne ferait qu'introduire une confusion inutile entre la notion de partie et de tiers à une convention, confusion d'ailleurs impossible car les deux simulateurs ne sont pas également parties à l'égard du tiers acquéreur de bonne foi qui n'a traité qu'avec le prête-nom. La jurisprudence ne tient pas compte pour l'application de l'article 1321 du fait que la cession au tiers ait été ou non concertée entre le *verus dominus* et le prête-nom.

7. Toullier, IV, n° 88. Demolombe. *Contrats*, I, n° 172. Cf. Ivanus. « La réticence dans les contrats », *Thèse Paris*, 1924.

Avant même la loi du 13 juillet 1930 sur le contrat d'assurance, l'application de l'article 348 C. com. était étendue à tous¹ les contrats d'assurance. Et si la réglementation des effets de la réticence, par l'article 21 alinéa 2 de cette loi, accentue le caractère pénal de la sanction, le législateur a nettement marqué que celle-ci doit avoir été intentionnelle et déterminante. « Le contrat d'assurance est nul, dit en effet l'article 21 alinéa 2, en cas de réticence ou de fausse déclaration intentionnelle de la part de l'assuré, quand cette réticence ou cette fausse déclaration change l'objet du risque, ou en diminue l'opinion pour l'assureur². » Dans les mêmes conditions et en dehors du contrat d'assurance la jurisprudence assimile avec raison la réticence au dol³.

Au surplus à la différence de la réticence, la réserve mentale ne réside pas dans le seul fait de garder le silence. Ici le réticent offre à son contractant éventuel de se lier envers lui par un acte juridique, il lui adresse une déclaration de volonté par laquelle il affirme — en apparence — sa volonté juridique. Dans ce mensonge il y a donc un fait positif. D'autre part il n'est pas moins douteux que sans cette offre mensongère la victime n'eût pas donné son consentement⁴. La réserve mentale — celle-ci portant par définition sur la volonté de s'obliger — vicie donc le consentement en provoquant une erreur sur un élément essentiel de l'offre. A ce titre, la meilleure arme que l'on puisse donner à la victime nous semble être l'action en nullité pour dol.

Remarquons d'ailleurs que les auteurs qui, sur le fondement du § 116, B. G. B., préconisent dans notre législation l'inefficacité de la réserve mentale et par suite la validité de la déclaration de volonté, nous semblent ajouter au texte lui-même. Loin de dire que la déclaration est valable, le législateur allemand a cru devoir préciser pour des motifs de politique législative, que cette déclaration de volonté « n'est pas nulle par cela seul⁵ ». La lettre même du texte semblerait donc reconnaître au juge du fait un certain pouvoir d'appréciation. Les interprètes du B. G. B. partisans de la théorie de la déclaration de volonté ne sont sans doute pas étrangers à l'interprétation qui prévalut par la suite, mais que la lettre du texte ne commandait nullement.

1. Cas. civ., 22 novembre 1921. S. 1923, 1, 81, n. Hugueney.

2. Comparer les articles 21 et 22 de la loi

3. Req., 17 février 1874, D. P. 1874, 1, 193. Req., 28 juillet 1908, S. 1911-1-388, non obstat Civ. 30 mai 1927, D. H. 1927, 416, qui statue sur une hypothèse de dolus re ipsa. Ripert. *Règle morale*, n° 48.

4. Pour une hypothèse de réserve mentale, non plus à l'occasion d'une offre, mais pour une acception. V. l'espèce de Trib. civ. Seine, 29 janvier 1931. G. P. 6 mai 1931, analysée *supra*, n° 43. Le caractère non déterminant de cette réserve mentale était d'ailleurs établi car ce n'était pas l'*Action Française* qui avait provoqué l'offre de la *Vie Catholique*.

5. N'est-ce pas la même formule qu'emploie l'article 1117 du Code civ. : « La convention contractée par erreur... n'est point nulle de plein droit. »

Toujours est-il que la différence entre les deux législations s'estomperait puisqu'en droit français, d'une part, les éléments constitutifs du dol relèvent des pouvoirs souverains des juges du fait¹ qui tiennent « compte de la nature du contrat, des relations des parties et de la confiance qu'elles s'accordaient² », et que d'autre part, les auteurs partisans de la théorie allemande de la déclaration de volonté reconnaissent que celui qui émet une déclaration de volonté affectée de réserve mentale, « non seulement n'a pas entendu faire un acte sérieux, mais il a voulu qu'on ne puisse pas s'en apercevoir : il a voulu tromper, il y a comme un dol de sa part ». Constatation qui, après notre observation sur la formule employée par le législateur allemand, n'implique pas que doive nécessairement découler : « de là, la validité de la déclaration purement apparente³. » L'assimilation que nous faisons de la réserve mentale au dol, nous semble au contraire plus exactement adaptée au but à atteindre⁴, encore que nous n'excluons pas *a priori* une solution analogue à celle préconisée par les partisans de la théorie de la déclaration de volonté. Mais désormais la prétendue réparation en nature, loin de s'imposer n'apparaît plus qu'à titre complémentaire⁵.

Comme toutes les nullités de protection, l'action que nous reconnaissons au cocontractant sera une action en nullité relative. C'est dire que le créateur d'une apparence sera déchu du droit d'invoquer la nullité qui atteint sa déclaration, en vertu du précepte moral que nul ne peut exciper de son propre dol⁶. Principe que le cocontractant trompé fera valoir sous forme d'*exceptio doli*.

Mais cette inopposabilité de la nullité serait insuffisante si, à son tour, la victime ne pouvait opposer la nullité de son propre engagement. L'action de dol le lui permettra. Mais on aperçoit aussitôt la différence qui sépare notre action d'une véritable action de simulation — même qualifiée unilatérale. Dira-t-on en effet que nous reconnaissons un droit d'option au cocontractant ? Les termes de cette option ne sont pas les mêmes que ceux reconnus en vertu de l'article 1321 au tiers de bonne foi, et cette différence condamne à nos yeux la notion de simulation unilatérale. Alors que celui-ci peut non seulement s'en tenir à l'acte simulé sur la foi duquel il a traité mais encore invoquer, s'il y a intérêt, la contre-lettre à son profit, il n'en va pas de même ici. En l'absence de textes analogues à l'article 1321, on ne peut fonder une solution aussi exception-

1. Planiol, Ripert et Esmein, VI, n° 200.

2. Ripert. *Règle morale*, n° 48. En même sens : Colin Capitant, II, p. 284.

3. Saleilles. *Déclaration de volonté*, p. 10, sous l'art. 118.

4. Sur l'idée de but dans l'organisation des nullités. Cf. Japiot, p. 166.

5. H. Mazeaud. *Chr. précitée*.

6. Cf. Ripert. *Règle morale*, nos 40 et s., et n° 160.

nelle sur des principes généraux contraires. Force est donc de reconnaître que le cocontractant trompé pourra se refuser à l'exécution de son obligation en opposant l'exception de dol ou, sans attendre une demande d'exécution, pourra faire annuler son propre engagement, ce qui fera tomber tout le contrat.

Mais il ne nous semble pas qu'il puisse invoquer la contre-lettre, en l'espèce la volonté réelle « *in mente retenta* » qui par définition ne s'est pas extériorisée.

Pourrait-on contraindre l'offrant à s'exécuter ? L'affirmation de principe de la validité de la déclaration de volonté affectée de réserve mentale doit être présentée avec plus de nuances. L'exécution forcée est impossible si l'obligation est une obligation de faire et cela en vertu de l'adage : « *Nemo potest cogi ad factum.* » L'exécution aura lieu alors par équivalent conformément à l'article 1142 C. c. S'il s'agit au contraire de toute autre obligation l'option en faveur de l'exécution en nature, tant qu'elle est possible, doit être abandonnée à l'appréciation de la victime sans lui être imposée, ainsi que le voudraient les partisans de la déclaration de volonté comme étant la réparation idéale¹. Enfin autre différence avec la simulation conventionnelle², le cocontractant lésé par la réserve mentale pourra obtenir des dommages et intérêts pour le préjudice distinct et indépendant que lui cause l'annulation d'une convention qu'il n'a pas dépendu de lui de rendre efficace, d'autant que par définition, l'autre contractant connaissait la cause de nullité qui la viciait³. Il sera astreint, il est vrai, à la preuve du dol. Mais alors que la preuve de la simulation est, entre parties, soumise à la nécessité de la preuve écrite, la preuve de la réserve mentale pourra, comme celle du dol, être administrée par tous moyens. S'il en était besoin, il suffirait, pour justifier cette différence avec la simulation de remarquer que précisément n'étant pas conventionnelle, il était dans l'impossibilité de s'en ménager la preuve écrite. Il peut dès lors invoquer la disposition de l'article 1348 C. c., qui déroge aux articles 1341 et 1347 du C. c. exigeant la production d'un écrit ou tout au moins d'un commencement de preuve par écrit. On peut encore ajouter qu'à l'égard du cocontractant trompé la réserve mentale constitue un fait pur et simple pour la preuve duquel les articles 1341 et suivants sont sans application. Telle est la solution admise en matière de dol.

L'action de dol que nous admettons sera enfin, comme toutes les actions en nullité relative, prescriptible par dix ans (art. 1304 C. c.) et c'est une nouvelle différence avec l'action de simulation qui, encore que la question soit discutée, est imprescriptible, en tout

1. Cf. Planiol, Ripert et Esmein, VI, n° 132.

2. V. *supra*, n° 2, p. 116.

3. Cf. § 122, B. G. B. En ce sens, Planiol, Ripert et Cassin, n° 103, texte et note 2 p. 126 ; voir aussi n° 324.

cas n'est prescriptible que par trente ans ¹. Cette solution qui de prime abord paraît singulière, car elle semble aboutir à consolider par le temps un engagement privé de toute volonté, ne l'est qu'en apparence. Elle s'explique par l'idée de protection. Les dix ans ne commenceront d'ailleurs à courir que du jour de la connaissance du vice de l'acte. D'autre part en vertu de l'adage « *quæ temporalia ad agendum perpetua sunt ad excipiendum* » la victime aura toujours à sa disposition l'exception de dol qui est imprescriptible. Remarquons enfin que la solution ne paraît pas plus choquante que celle admise pour les engagements du dément qui sont également dépourvus de toute volonté juridique et auxquels une jurisprudence bien établie fait application de l'article 1304 C. c. ².

Nous reconnaissons que la conception que nous venons d'exposer ne s'appuie, explicitement tout au moins, sur aucune jurisprudence. Nous avons dit qu'à notre connaissance aucune décision de jurisprudence française ne faisait application de la notion de réserve mentale. Cette carence loin d'affaiblir notre théorie ne fait au contraire que la soutenir. Car la réserve mentale, comme le mensonge, est un fait psychologique commun à beaucoup d'individus. Par suite si le mot ne se retrouve pas dans les décisions de jurisprudence, la chose n'en existe pas moins. Mais il faut la chercher que dans les espèces soumises aux tribunaux. Ce travail de dépouillement auquel nous nous sommes livrés nous conduit à cette conclusion qu'une théorie de la réserve mentale l'assimilant à la notion de simulation unilatérale est, aux yeux des tribunaux, inutile sinon inconnue, puisque dans les hypothèses les plus favorables ³ ils ont fait application de la théorie du dol.

Tel est le cas où, pour « entraîner le consentement » d'un futur associé, des individus lui communiquent un bilan sciemment inexact, et que « bien loin de rechercher l'intérêt commun des parties (art. 1833 C. c.), ils n'ont vu en lui qu'un bailleur de fonds complaisant dont la mise de fonds les dégagerait d'autant ⁴. »

Il en serait de même lorsque le prospectus d'une compagnie d'assurances mutuelles, présente à ses adhérents, dont il sollicite la souscription, comme une simple modification aux statuts, ce qui est en réalité la constitution d'une société nouvelle et distincte ⁵.

Particulièrement nette enfin nous paraît être l'espèce à l'occa-

1. Cf. Civ. 13 mars 1934, S. 1934. 1, 296, les observations et les renvois, in *Rev. trim.*, 1935, 149.

2. Planiol, Ripert et Esmein, VI, n° 173.

3. Il n'est pas inutile de rappeler que l'appréciation des faits constitutifs du dol étant faite souverainement par les juges du fond, le nombre de décisions de la Cour suprême sur ce point est limité.

4. Req., 27 janvier 1906. Weissmann, D. P. 1907, 1, 252.

5. Req. 18 décembre 1912, D. P. 1912, 1, 213. Syndicat de garantie de l'entreprise et de l'industrie.

sion de laquelle est intervenu l'arrêt de la Chambre des requêtes de la Cour de cassation en date du 23 mai 1933 ¹.

La sœur d'un *de cuius* consent sur l'initiative de la femme de ce dernier à signer avec la mère du défunt une convention par laquelle les cohéritiers considérant que la solution « est celle qui est la plus conforme aux dernières volontés » du défunt, conviennent de partager par tiers tous les biens laissés par celui-ci. En réalité la sœur naturelle du défunt avait été instituée légataire universelle par un testament dont les mère et belle-sœur connaissaient seules l'existence. Or le partage, malgré la fiction de l'effet déclaratif, « participe dans une large mesure de l'acte d'aliénation ² ».

Cela est d'autant plus vrai, qu'il s'agissait en l'espèce d'un partage amiable que l'on peut définir comme une convention par laquelle la copartageant cède son droit indivis sur la masse contre un droit exclusif sur les choses mises dans son lot ³. Or en provoquant cette convention de partage amiable, la veuve qui connaissait le testament l'exhérédant, affirme échanger des droits dont elle sait ne plus être titulaire. Suivant la définition de la réserve mentale, elle donne comme étant l'expression de sa volonté, ce qu'elle sait juridiquement impossible.

La Cour de cassation confirma la décision de la Cour de Lyon qui avait annulé la convention de partage comme entachée de dol au préjudice de la sœur naturelle ⁴.

Une observation trouve sa place ici. Les auteurs présentent généralement la réserve mentale — soit qu'ils en proclament l'irrélevance ⁵, soit qu'ils l'assimilent à une simulation unilatérale ⁶, comme un vice propre à l'acte unilatéral. — On aura remarqué au contraire, par l'assimilation au dol qu'en fait la jurisprudence, que son domaine s'étend aussi au contrat. Le dol est une cause de nullité du contrat, mais aussi des actes unilatéraux ⁷.

1. D. P. 1933, 1, 143. Vve Simonnet avec le rapport de M. le conseiller P. Dumas. Sur l'absence de cause qu'entraîne l'erreur provoquée par la réserve mentale V. la note de M. Rodière sous l'arrêt confirmé, Lyon 28 décembre 1930. S. 1932, 2, 201.

2. Planiol, Ripert, Vialleton, IV, n° 503.

3. Cf. Colin, Capitant, III, p. 493. Aussi la capacité requise est-elle celle nécessaire pour aliéner et s'apprécie-t-elle au jour du partage. Req. 28 mai 1895, D. P. 1896, 1, 154, rap. Cons. Marignan.

4. Que l'on ne dise pas que cette solution aboutit à faire bénéficier la victime de la situation réelle *i. e.* de la contre-lettre. On oublierait ainsi que cette situation a été créée non par l'auteur du dol ou de la simulation, mais en l'espèce par le testateur lequel est étranger à la fraude.

5. Ferrara. *Loc. cit.*

6. Boisselot, Dos Santos, Ligeropoulos. *Loc. cit.*,

7. Nous ne pensons pas avoir besoin de prendre parti sur l'admissibilité en droit français de la volonté unilatérale comme source d'obligation, ce qui nécessiterait une étude hors de proportion avec les limites de ce chapitre. Parmi les diverses justifications qui en ont été données nous devons signaler l'ouvrage précité de M. Chabas. Nous croyons pouvoir résumer la thèse ingénieuse de l'au-

B. — DE QUELQUES EFFETS PRÉTENDUS PROPRES
A LA RÉSERVE MENTALE

102. — Nous en aurions terminé avec l'étude de la réserve mentale si les auteurs ne croyaient pouvoir y attacher certains effets propres, dont l'examen mérite l'attention. Nous n'entendons pas entamer l'examen des effets de la réserve mentale dans les actes unilatéraux, non seulement l'accord est loin d'être fait sur l'énumération qu'ils comportent, mais cet examen apparaîtrait vite fastidieux, s'il devait être identique pour chacun d'eux. Mais précisément, alors qu'en principe on affirme l'irrélevance de la réserve mentale, celle-ci présenterait cette particularité dans le testament — qui en tant qu'acte unilatéral n'est pas, suivant les mêmes auteurs, susceptible de simulation mais de réserve mentale — d'être pleinement efficace. Pour cet acte, la volonté réelle *in mente retenta* sortira effet.

C'est cette proposition dont il convient d'apprécier les mérites.

La réserve mentale dans le testament.

103. — Au préalable nous devons rechercher, si le testament peut être simulé, dans la négative, nous n'aurions plus alors qu'à nous occuper des effets de la réserve mentale.

La question ainsi posée, peut paraître étrange, et doit être précisée. Il s'agit de savoir, si, tout en conservant extérieurement son aspect de libéralité adressée à une personne déterminée par volonté unilatérale du testateur, le legs peut ne pas correspondre à la volonté réelle du testateur et cela dans notre conception à la suite d'un accord de volontés¹. L'impossibilité de simuler un legs a été surtout soutenue par la doctrine italienne². Celle-ci invoque à la fois un argument de texte et un argument de fond.

Nous n'avons pas à retenir ici l'argument déduit de la disposition, pour expliquer les effets de la pollicitation de la façon suivante : « Aucune obligation ne naît d'une simple promesse (p. 171 s.), mais la rétractation qui en sera faite peut être considérée comme l'aveu de la fictivité de cette promesse. La faute, qui est ici l'émission d'une promesse affectée de réserve mentale, entraînera réparation, qui, dans la conception de l'auteur (p. 200 s.) consistera, par extension de l'article 1321 Code civ. aux hypothèses de réserve mentale, à tenir pour vraie une déclaration de volonté fictive. »

Outre les réserves qu'appelle l'assimilation de la réserve mentale à la simulation cette conception fait dépendre le caractère sérieux ou non de la volonté du « délai moral » dans lequel intervient la rétractation (p. 210). Cet élément est étranger à l'acte de volonté alors que si, dans cette hypothèse, il y a bien réserve mentale, elle est indépendante du délai dans lequel intervient la rétractation. Ou bien la faute naît de la violation du délai moral, mais alors il est inutile de rechercher s'il y a réserve mentale pour la trouver dans l'élément temps.

1. Avec l'hypothèse étudiée au texte où il s'agit des éléments constitutifs du legs, qui sont ici ostensibles et fictifs, il importe de ne pas confondre l'hypothèse inverse où le legs serait dissimulé sous un autre acte. Sur cette dernière hypothèse, cf. Nast. « Des libéralités testamentaires déguisées », *Rep. prat. du Notariat* du 30 septembre 1935, art. 24282, et *infra* nos 148 et s.

2. Ferrara, pp. 107 et s. et 55 n. 2. Pestalozza. V° *simulazione*, n° 19. Chironi,

tion propre au droit italien, contenue dans l'article 829 du C. c. ¹. Remarquons toutefois qu'en interdisant la preuve de l'interposition de personnes, ce texte autoriserait tout aussi bien l'interprétation inverse, qui consisterait à voir dans cette disposition une simple règle de preuve, dont la présence même impliquerait en fait la possibilité d'une simulation.

L'argument de fond vaut au contraire pour notre législation. Il consiste à présenter, sans discussion possible le legs comme un produit de la volonté unilatérale. Il est certain, dès lors, que la disposition testamentaire, qui se donne sous la forme apparente d'un legs — c'est-à-dire comme l'œuvre de la volonté factice d'un seul individu — ne peut à défaut de convention être qualifiée de simulée ². Il ne peut être question que de réserve mentale.

Ainsi présentée la question nous paraît mal posée. C'est pourquoi nous n'entreprendrons pas l'étude de la nature juridique du legs. Cette recherche est inutile ici où il s'agit uniquement de savoir si un legs fictif peut dissimuler une autre convention. C'est dès lors résoudre la question par la question qu'inférer du caractère unilatéral du legs il ne puisse être conventionnellement fictif.

La question n'est pas sans intérêt pratique, car si la simulation n'est pas par elle-même une cause de nullité, il en est autrement lorsqu'elle tend à soustraire un acte prohibé à l'application de la loi. Et c'est le plus souvent dans ce but que la simulation est employée. Ne pas admettre la possibilité de simuler le legs, serait permettre à un individu de tourner la loi par un acte à cause de mort, alors qu'on le lui interdit sa vie durant.

104. — Or il n'est pas douteux que l'interposition de personnes ne soit, dans certaines conditions, un cas de simulation. Le legs par personne interposée est donc un legs simulé — legs fictif en tant qu'il s'adresse à un bénéficiaire fictif — auquel s'applique les dispositions des articles 911, 1099 et 1100 C. c. ³, et 17 de la loi du 1^{er} juillet 1901 ⁴.

Questioni IV, p. 232. Pour le Portugal, Dos Santos. *Op. cit.*, p. 191. Parmi les auteurs français, v. quoique implicitement Boisselot, p. 59. M. Demogue qui pose expressément la question, la résout au contraire par l'affirmative, I, p. 260.

1. Art. 829 C. civ. italien : « Aucune preuve n'est admise pour établir que les dispositions faites en faveur d'une personne désignée dans le testament sont seulement apparentes, et qu'elles visent en réalité une autre personne, nonobstant toute expression quelconque du testament qui l'indiquerait ou qui pourrait le faire présumer.

Cela ne s'applique pas au cas où l'institution ou le legs sont attaqués comme faits par l'intermédiaire d'une personne interposée en faveur d'incapables. » Traduction H. Prudhomme, Paris, 1896.

2. Sauf à admettre la notion de simulation unilatérale, ce que les auteurs partisans de cette notion devraient logiquement être conduits à décider.

3. Planol, Ripert et Trasbot. texte et note 1, p. 262, texte et note 1, p. 158. Paris, 8 novembre 1924, D. P. 1924, 2, 158, n. A. L. Civ. Rej., 4 novembre 1913 D. P. 1913, 1, 142, solution implicite.

4. Civ. Rej., 22 juin 1920. D. P. 1921, 1, 200.

Cette simple constatation prouve que le legs peut être simulé, et montre tout l'intérêt pratique de la position théorique que l'on adopte. Sans doute est-il parfois délicat de distinguer l'interposition de personnes d'opérations voisines. Nous verrons bientôt que le critérium est l'accord qui s'établit entre les parties. Sous réserve d'en préciser les conditions de formation, la simulation peut donc, sous un de ses aspects particuliers, affecter le legs.

Mais cette forme de beaucoup la plus fréquente n'est pas la seule qui soit concevable. Le déguisement peut aussi affecter la nature de l'acte. A la vérité cette simulation doit être moins fréquente car de prime abord, on voit mal l'intérêt que peut avoir une personne, à déguiser sous l'apparence d'un legs — acte à titre gratuit pour lequel la réglementation est minutieuse — un acte, qui serait en réalité à titre onéreux. Bien que la pratique jurisprudentielle soit particulièrement pauvre sur ce point, tel serait le cas à notre sens où le disposant pour rétribuer des services à lui rendus par une personne, disposerait en sa faveur d'une somme représentant la valeur de ces services. On sait que dans cette mesure l'acte qualifié de « libéralité rémunératoire » n'est pas, faute d'intention libérale, une libéralité. Il lui manque également dans la mesure où il représente le prix des services, l'élément matériel. On doit dès lors et dans cette mesure l'analyser comme un acte à titre onéreux¹. Enfin le fait que le paiement soit reporté au décès du disposant n'empêche pas que son obligation ne soit venue grever son patrimoine de son vivant. Dès lors malgré la forme qu'elle revêt cette disposition ne saurait constituer un legs.

Ce déguisement, comme toute simulation licite conclue entre personnes capables, n'influe pas sur la validité de l'acte dissimulé², mais le fait que la dette est née durant la vie du disposant peut être important au point de vue de la réduction qui menace les legs en cas de dépassement de la quotité disponible et devrait être de nature à inciter le légataire-créancier à dévoiler la véritable nature de l'acte pour échapper à cette réduction³. C'est pour partie le raisonnement qu'a suivi la Cour de Nancy dans un arrêt en date du 20 janvier 1932⁴, par lequel elle déclare qu'un tel acte constitue une « convention synallagmatique à titre onéreux ».

On conçoit d'autre part que sous l'apparence d'un legs se dissimule un autre acte, fût-il à titre gratuit, mais qui serait alors prohibé. Le déguisement affecte alors les conditions de l'acte pour éliminer celles qui sont interdites. La donation, parce qu'elle

1. Aubry et Rau, XI, § 702, texte et note 3. Planiol, Ripert, Traspot. V. n° 316.

2. Douai, 5 janvier 1931, D. H. 1931, som. p. 48. Paris, 8 mars 1867, S. 1867, 2, 185.

3. Sur ce point, Nancy, 14 juillet 1875, S. 1876, 2, 232.

4. S. 1933, 2, 217, n. F. Geny.

oblige le donateur à se dépouiller « actuellement et irrévocablement » de la chose léguée, peut en effet paraître moins avantageuse que le legs, où le disposant n'oblige que sa succession. Aussi n'est-il pas impossible d'imaginer l'hypothèse où donateur et donataire dissimuleraient sous la forme d'un legs, soit une donation à cause de mort ¹, soit une donation de biens à venir ², soit une donation avec réserve de disposer conclue entre vifs.

Comme dans l'hypothèse précédente où le legs apparent dissimulait un acte à titre onéreux, dans l'hypothèse actuelle il n'y a pas de legs parce que la libéralité occulte a pris naissance à la suite de la convention entre vifs, et grevait le patrimoine du disposant, bien que l'exécution en fût reportée au jour de son décès.

C'est la raison pour laquelle nous repoussons l'opinion d'Aubry et Rau qui persistent cependant à voir dans cette convention un legs. Quoi qu'en pensent les savants auteurs, la discussion n'est pas sans objet, car c'est précisément pour éviter de faire produire un effet quelconque ³ à de pareilles conventions que le recours à la notion de simulation peut être utile. Car, d'une part, s'agissant d'une donation à cause de mort ⁴ et par suite d'une convention illicite, la convention dissimulée est nulle (art. 893 et 944 C. c.). D'autre part le legs apparent est nul puisqu'il ne répond pas à la volonté réelle du disposant, et ne saurait par suite être obligatoire pour les héritiers, solution qu'impliquerait l'opinion contraire d'Aubry et Rau.

Il est vrai que l'exécution volontaire de leur part pourrait constituer la ratification prévue par l'article 1340 C. c. Mais la ratification est précisément la confirmation d'un acte nul. A défaut d'exécution volontaire les héritiers pourront le faire tomber et la preuve de la violation sera recevable par tous moyens puisqu'il s'agit d'une simulation illicite ⁵. Comme le contrat qu'il dissimule, l'acte ostensible résulte bien ici d'un accord entre disposant et bénéficiaire, malgré la forme apparemment unilatérale de l'*instrumentum*.

105. — Pareille entente peut ne pas se rencontrer. Il est possible, et le cas est évidemment le plus normal, que la manifestation de volonté portée au testament soit l'œuvre du disposant. Quelle sera la valeur de cette déclaration dans l'hypothèse où elle ne correspondrait pas à la volonté réelle du testateur ? Il ne saurait être

1. L'hypothèse est envisagée par Aubry et Rau, X, § 644, 645, n. 6.

2. Cf. Planiol, Ripert et Esmein, VI, n° 246.

3. Et non plus ceux d'un legs, comme le voulaient Aubry et Rau, *op. cit.*, n. 6 et 7, ou ceux d'une donation à cause de mort comme le voulaient Merlin et Toulhier cités par Aubry et Rau, *cod. loc.* Les premiers s'appuient (v. t. XI, § 713, texte et note 2) sur une interprétation qui, aux formes prévues par l'art. 1002, al. 2, C. civ., ajoute celle de la donation à cause de mort.

4. Y. l'espèce de Req. 10 février 1879, D. P. 1879, 1, 298.

5. Civ. Cass. 2 avril 1862, D. P. 1863, 1, 454.

question de dissimulation, puisqu'ici l'acte apparent est l'œuvre d'une seule personne. Il y a alors, réserve mentale, dont il convient de rechercher les effets que nous savons déjà, pour les actes entre vifs, être bien différents de ceux de la simulation.

Or, sur ce point on ne saurait adhérent sans restriction à l'opinion déjà réfutée, qui considérant la réserve mentale comme irrelevante, dans les actes entre vifs, voudrait qu'elle fût pleinement efficace, c'est-à-dire qu'elle annulât les actes de dernière volonté. Résultat déjà bien propre par lui-même à faire douter de l'exactitude de la notion de simulation unilatérale, mais qui apparaît tout à fait inexact, en droit français, en fonction tout au moins des raisons invoquées pour le justifier, que l'on admette ou non dans ce cas la notion de simulation unilatérale. « Là où cesse le principe de la responsabilité, écrit en effet Ferrara¹, ainsi qu'il advient dans les dispositions testamentaires, et où par suite domine le dogme de la volonté, on ne voit pas pourquoi on ne tiendrait pas compte de la réserve mentale. De même qu'il n'y a pas de difficulté à reconnaître l'invalidité d'un modèle de testament, ou d'un testament fait par plaisanterie, il ne peut y avoir de difficulté à reconnaître l'inefficacité d'un testament par lequel le de cujus aurait délibérément déclaré une volonté non réelle. » Ainsi présenté, le principe est trop absolu et c'est bien plutôt de l'irrélevance de la réserve mentale dans le testament qu'il faut parler. Pour cela il n'est pas besoin d'ailleurs de se refuser à libérer de l'entrave de la responsabilité, le dogme de l'autonomie de la volonté². Mais l'irrélevance de la réserve mentale dans le testament³ est au contraire une conséquence directe et nécessaire de la notion de « testament » dont le législateur a réglementé en termes impératifs les conditions d'existence. De ces règles il résulte que dans le testament, bien plus que la volonté, ce qui importe c'est la déclaration de volonté.

Malgré sa « désolennisation² », le testament restera dans notre droit un acte formel, tout autant que subsistera la double règle, qu'il n'est pas de legs en dehors d'un testament, et que le testament est nécessairement un acte écrit (art. 1002 et 970 C. c.). Formalisme minimum sans doute, mais qu'emporterait l'opinion ici combattue suivant laquelle, si la réserve mentale annule le legs, c'est parce que : « s'agissant d'un acte qui représente au plus haut point le principe de l'autonomie de la volonté privée, la volonté interne du déclarant, si on la sait différente de celle exprimée au

1. Ferrara. *Op. cit.*, p. 55, n. 2. En même sens : Pestalozza. *Op. cit.*, n° 19. *Contra* : Dos Santos, *Op. cit.*, p. 172.

2. Boisselot. *Op. cit.*, p. 58.

3. Jossierand. « La désolennisation du testament. » *Chr. D.*, 1932, 73. Le jugement du tribunal civil de Marseille du 9 juillet 1930, D. P. 1930, 2, 166, n. Lalou, qui avait admis la validité du testament dactylographié, a d'ailleurs été infirmé par la Cour d'Aix le 29 février 1932, D. P. 1932, 2, 47. S. 1934, 2, 1, n. Geny et sur pourvoi Civ. rej. 18 mai 1936. D. H. 1936, 345.

testament, a en principe une primauté pleine et absolue¹. » Or non seulement on ne peut dire sans déformer la notion de réserve mentale que celle-ci donne lieu à « interprétation » mais en fût-il ainsi que les règles propres à l'interprétation du testament seraient inefficaces ici. La vérification jurisprudentielle de ce double principe nous démontrera qu'il aboutit à consacrer dans les actes mortis causa l'irrélevance de la réserve mentale.

En effet, il suffit de renvoyer à la définition de la réserve mentale généralement adoptée par les auteurs, et que nous avons nous-même reproduite, pour voir qu'une telle déclaration de volonté ne saurait donner lieu à « interprétation » au sens technique du terme. La réticence porte en effet sur l'existence juridique même de la disposition qu'elle affecte puisqu'elle consiste à exprimer une volonté avec réserve de ne pas vouloir ce que l'on donne comme l'expression de sa volonté².

Extérieurement la volonté apparente se manifeste en termes parfaitement nets et précis. Si le disposant a d'ailleurs employé à cette fin des expressions volontairement douteuses et ambiguës, il y a en quelque sorte cumul de qualification. Mais nous sortons alors du domaine propre de la réserve mentale, pour entrer dans celui de l'interprétation. Il reste inexact de dire, que l'effet de réserve mentale sera d'annuler la disposition. Ce qui est vrai, c'est qu'il y a lieu de faire prévaloir la volonté probable du testateur. Or celle-ci peut tendre ainsi que nous le distinguerons tout à l'heure, soit à dénier toute intention libérale à un acte qui exprime en apparence une telle intention, soit au contraire à provoquer une libéralité que l'acte ne comporte pas. La solution de ces difficultés d'interprétation sera fournie par les principes régissant l'interprétation des actes de dernière volonté³.

106. — Mais il n'y a pas lieu à interprétation si « l'acte est muet sur le point envisagé, sans qu'on puisse raisonnablement combler cette lacune⁴ », et tel est bien le propre de la réserve mentale, qui est par définition⁵ une volonté non déclarée et par suite ainsi qu'on l'a écrit « absolument inconnaissable⁶. »

Dès lors, l'inapplicabilité des règles d'interprétation résulte

1. Pestalozza. *Op. cit.*, n. 19.

2. Saleilles. n° 5 sous article 116, B. G. B.

3. Sur l'interprétation des testaments. Barrau, *Thèse Bordeaux*, 1927, Vandembroucq, *Th. Paris*, 1928. Chiritesco. « Le rôle de la volonté dans le testament, *Th. Paris*, 1911. Aubry et Rau, XI, § 712. Planiol, Ripert, Trarbot, V, n° 18. Savatier, note au D. P. 1928, 2, 121. Pilon, note sous Req., 13 octobre 1933. D. P. 1933, 1, 187. V. le rapport de M. le conseiller Pilon sous Req., 21 février 1934, D. P. 1934, 1, 69.

4. Planiol, Ripert, Trarbot. *Op. et loc. cit.*

5. Comp. la solution donnée par l'alinéa 1 du § 116, B. G. B. et celle donnée par l'alinéa 2 dans l'hypothèse où la réserve mentale est connue.

6. Dereux. *Op. cit.*, p. 357.

de la constitution organique de la réserve mentale, puisque la Chambre civile de la Cour de cassation d'accord avec la doctrine¹ déclare que « si l'interprétation d'une disposition testamentaire appartient exclusivement aux juges du fait, leur pouvoir ne va pas jusqu'à leur permettre... de substituer à une disposition claire et précise, une autre disposition produisant des effets légaux différents² ».

D'autre part voudrait-on faire sortir d'un testament l'intention réelle que les règles d'interprétation de cet acte s'y opposeraient, car s'il est vrai que celles-ci autorisent l'examen des circonstances extrinsèques, ce n'est « qu'autant que d'abord et principalement cette intention résulte des termes mêmes du testament³ ». Lorsqu'il s'agit d'établir, non plus l'étendue, mais l'existence même de la libéralité, cette volonté doit être certaine d'après l'écrit lui-même qui doit satisfaire aux conditions d'un testament (art. 895, 1001 et 1002 C. c.). Principe constant en jurisprudence⁴ que la Cour de Besançon résumait en ces termes, en déclarant : « que pour interpréter la disposition litigieuse, les premiers juges ont tenu compte, à tort, de circonstances extrinsèques susceptibles d'être prises en considération pour déterminer l'étendue ou l'objet d'un legs, mais non plus pour justifier la libéralité elle-même, dont la preuve ne saurait être juridiquement fournie, qu'à l'aide des énonciations du testament⁵. »

Aussi n'y a-t-il pas lieu à interprétation d'un prétendu acte tel qu'une carte postale portant une simple signature, de laquelle il est impossible d'induire la moindre manifestation de volonté⁶.

Et lorsque le testament apparent n'exprime pas de volonté libérale que nous supposons réservée mentalement, c'est bien parce que ce minimum de formalisme ne se retrouve pas qu'il nous faut admettre l'inexistence du legs, c'est-à-dire l'irrélevance de la réserve mentale parce qu'il est impossible de la prouver⁷.

Il n'y a pas de legs en dehors du testament (art. 895 1001 et 1002), aussi n'y a-t-il pas de legs lorsque l'acte ne contient pas la déclaration de volonté dans la forme solennelle requise⁸. « Pour

1. Aubry et Rau, II, § 712, texte et note 1. Marty. « La distinction du fait et du droit devant la Cour de cassation », *Th. Toulouse*, 1929, nos 149 et s.

2. Civ. Cas. 15 janvier 1923 (3^e espèce). D. P. 1924, 1, 41. Cf. aussi Civ. Cas. 18 novembre 1884, D. P. 1885, 1, 317.

3. Civ. Cas. 18 nov. 1884 précité.

4. Req. 11 décembre 1923, D. P. 1924, 1, 189. Req. 18 novembre 1933, D. P. 1933, 1, 187, n. E. P. Req. 21 février 1934, D. P. 1934, 1, 69, rap. M. le cons. Pilon.

5. Besançon, 7 avril 1930, D. H. 1930, 353.

6. Civ. Rej. 3 mai 1935. D. H. 1935, 314.

7. Nous ne confondons pas pour autant les règles de fond avec les règles de preuve. Mais il faut bien convenir de l'influence de ces dernières sur le fond même du droit. Dans les actes formels « *Forma dat esse rei* ».

8. Sur ce point Cf. Jossierand. t. III, p. 690.

qu'un écrit, encore qu'il fût écrit, daté et signé de *de cujus*, puisse être considéré comme un testament olographe, c'est à la condition que son auteur ait voulu disposer, par ce moyen même, des biens ou de parties des biens qu'il laisserait à son décès», déclare la Chambre civile de la Cour de cassation dans son arrêt précité du 3 mai 1935. Supposons dès lors, qu'un *de cujus* lègue ostensiblement un de ses biens à une personne ou pour un usage indiqué, tout en se réservant de faire connaître ultérieurement le véritable bénéficiaire ou l'affectation désirée, Quel sera le sort de cette disposition, si le décès survient, avant qu'il ait manifesté sa volonté secrète ?

Il n'est pas douteux que l'acte ostensible doive sortir effet, en tous cas il est impossible de faire valoir la volonté réelle du disposant. Telle est la solution unanimement admise, au cas de legs verbal¹, encore qu'ici la volonté réelle se soit manifestée par des instructions positives, dont le testament porte généralement la trace. La jurisprudence fait produire effet au seul testament apparent, puisque « des instructions verbales, alors même qu'elles seraient prouvées, ne peuvent rien ajouter au testament ni en retrancher, ni par conséquent imprimer le caractère conditionnel à une disposition qui, d'après le texte du testament, est pure et simple² ».

Il suffit de signaler ici, car nous y reviendrons, que la question est différente de ce celle de savoir si une telle disposition ne vaut pas comme fideicommis. Mais ce n'est pas là faire produire effet à la volonté interne car précisément la caractéristique du fideicommis est de ne pas être juridiquement obligatoire.

Si, par contre, le testament révèle par son contexte les instructions secrètes, en indiquant par exemple, que le legs est fait « pour remplir le reste de mes volontés », la raison de principe reste identique, quoique alors le juge du fond, en s'aidant des autres clauses du testament, puisse interpréter cette disposition et l'annuler le cas échéant comme s'adressant à des personnes incertaines ou incapables³.

Il convient toutefois de remarquer que la présence dans le testament d'une allusion à la pensée secrète produit un effet propre. Conformément à la théorie de la preuve intrinsèque, puisque l'existence d'une libéralité est révélée par l'acte lui-même, elle permet une recherche de l'intention. Si cette intention apparaît comme illicite, elle permet d'annuler la disposition en totalité.

1. Aubry et Rau, X, § 647, texte et note 1. Cf. Req. 30 novembre 1869, D. P. 1870, 1, 202. Le legs était ainsi motivé : « pour remplir le reste de mes volontés ».

2. Req. 19 novembre 1867, D. P. 1868, 1, 216.

3. Req. 30 novembre 1869, D. P. 1870, 1, 202. Comp. Trib. civ. Seine, 14 juin 1932, D. H. 1932, 454, qui en présence d'une clause ainsi conçue : « Tout doit revenir à M^{lle} X..., qui en fera l'usage que je lui ai indiqué », a jugé qu'il n'y avait pas en l'espèce charge secrète, car cette disposition trouvait son explication dans la suite du texte : « Je lui ai recommandé tout particulièrement telle et telle personne. »

Sous réserve de cette différence les raisons 'que l'on donne de l'inefficacité du legs verbal commandent une solution identique ici : le legs est « non avenué ». « Les dernières volontés d'une personne n'ayant d'existence qu'en tant qu'elles ont été consignées dans un acte revêtu des formes testamentaires ¹. »

107. — C'est en vain que l'on voudrait extraire d'un tel acte la volonté réelle du testateur en faisant appel aux règles d'interprétation. Le juge devant, pour la déceler, faire appel à la preuve extrinsèque, encourrait sans nul doute la censure de la Cour Suprême, puisque, si la déclaration 'de volonté est certainement fausse, les termes qui l'expriment ne sont ni obscurs, ni ambigus, et qu'il n'y a lieu à interprétation que si « les clauses d'un testament, prises isolément et en elles-mêmes, sont obscures ou ambiguës ² ». S'il y a inexactitude au cas de réserve mentale, on ne rencontre pas cet état d'incertitude que les termes employés pourraient permettre de dissiper, en cherchant dans le testament le point de départ indispensable pour en justifier l'interprétation ³.

La solution serait la même dans l'hypothèse inverse où l'acte porterait libéralité, alors que l'intention réelle ne serait pas exprimée. Tel est tout au moins la solution que nous dicte l'opinion de la Cour de cassation, puisqu'elle considère, comme légataire la personne instituée, encore que les charges absorbent ou excèdent son émoulement.

« Il importe peu, décide la Cour Suprême, que l'exécution des charges, qui ont été imposées... et l'accomplissement du mandat, qu'il y a par là même à remplir, doive absorber en totalité l'émoulement de la disposition faite à son profit... il n'en reste pas moins le continuateur juridique de la personne de la testatrice, en sa qualité de légataire universel de cette dernière ⁴. »

Au cas de réserve mentale, celle-ci par définition est, pour les mêmes raisons que précédemment, inconnaissable. Il nous semble par suite qu'il faille reconnaître la qualité de légataire à la personne instituée par un acte présentant par ailleurs, tous les aspects d'un testament régulier puisque « toute disposition des biens contenue dans le testament constitue un legs, quelle que soit l'intention du testateur ⁵ ».

1. Aubry et Rau, X, §§ 655, 656, texte et note 5, 6.

2. Aubry et Rau, XI, § 712, p. 435. Marty. *Op. cit.*, nos 149 et s.

3. Incertitude résultant par exemple d'une double acception de l'expression « enfant ». Req. 18 octobre 1933, D. P. 1933, 1, 187, ou du rapprochement des clauses de l'acte pour la désignation du légataire. Req. 21 février 1934. D. P. 1934, 1, 69, et le rapport de M. le conseiller Pilon, mais il importe de remarquer que toujours le point de départ suffisant, mais nécessaire pour l'interprétation est extrait *ex visceribus testamenti*.

4. Req. 5 juillet 1886. D. P. 1886, 1, 465.

5. Planiol, Ripert et Trasbot. V. n° 17.

Nous sommes ainsi amenés dans l'hypothèse où le testament n'exprime pas la véritable intention, par suite d'une réserve mentale du disposant à reconnaître pleine efficacité à la volonté déclarée.

Pour résumer notre pensée après ce rapide examen de la réserve mentale, et des solutions du droit français, nous ne saurions mieux faire qu'en rappelant l'opinion des rédacteurs de l'avant-projet de Code franco-italien des obligations et des contrats : « le § 116 du B. G. B., dit en effet l'exposé des motifs ¹ est en partie superflu et en partie propre à créer des ligites. »

C'est ce qui nous paraît résulter des hypothèses où nous avons vu que l'absence de convention pouvait donner lieu à des situations apparentes, ou constituer un dol à l'égard de l'autre partie, sans que l'on puisse exactement parler de simulation.

Par contre c'est le caractère conventionnel de celle-ci qui va maintenant nous permettre de défendre les règles de preuve qui étaient jusqu'alors admises sans difficulté, mais qu'une tentative récente menace de renverser.

SECTION III. — La preuve de la simulation.

108. — Les principes qui régissent la preuve de la simulation, ne sauraient être cherchés dans le texte de principe en cette matière : à savoir l'article 1321 C. c. Celui-ci en effet en stipulant que « les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes, elles n'ont point effet contre les tiers », ne pose pas une règle de preuve, mais constitue une disposition impérative quant à la force obligatoire de cet acte.

Il est vrai que la place de ce texte, dans le chapitre relatif à « La preuve des obligations », a pu faire illusion à quelques interprètes ². La distinction entre la force probante et la force obligatoire d'un acte, qu'auraient également commis dans d'autres textes ³ les rédacteurs du C. c., est aujourd'hui constante ⁴. C'est pourquoi les auteurs modernes placent unanimement l'étude de l'article 1321 C. c. dans celle de l'effet des obligations et des contrats. La disposition de ce texte, si on y entendait l'expression contre-lettre au sens d'*instrumentum* serait, a-t-on écrit, « inintelligible ⁵ ». Aussi les auteurs, depuis longtemps, l'entendent-ils au sens de « convention. »

1. « Projet franco-italien de Code des obligations et des contrats », Paris, Imprimerie Nationale, 1929, p. 51 du rapport contenant l'exposé des motifs.

2. D. J. G. V^o Obligations, n^o 3.175.

3. V. les articles 1328, 1339, 1340 et 1351 C. c.

4. V. Capitant. Rapport présenté au Comité français pour l'union législative entre les nations alliées et amies. *Bull. Soc. Et. Leg.*, 1919, 196.

5. Juille. « Des effets des conventions à l'égard des tiers », *Thèse Lille*, 1904, p. 80. Martin, *Th. précitée*.

Avant d'examiner les moyens de preuve de la simulation il importe de signaler que la possibilité pour les parties de prouver le caractère fictif de leurs conventions leur a été anciennement dénié par la jurisprudence. Ces arrêts¹, qui remontent au début du XIX^e siècle, ne fournissent pas toujours les motifs de leurs décisions qui invoquent parfois « les bonnes mœurs et les principes », qui « résistent à ce que celui, qui se dit auteur d'une fraude, soit reçu à la déclarer² ». Il faut voir dans ces décisions une survivance de l'adage : « *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* », que les anciens auteurs appliquaient à la convention simulée³. L'article 1321 en décidant que la contre-lettre est valable entre les parties, permettait cependant d'en déduire *a contrario* que la simulation est en elle-même licite. Ce raisonnement exact en soi prouverait que les domaines respectifs de l'illicite et de l'immoral ne coïncident pas toujours. Il faut reconnaître que c'est par un souci de haute moralité, que les tribunaux ont été amenés à abandonner ici la règle « *Nemo auditur*⁴... »

L'immoralité ne serait-elle pas en effet de consacrer injustement l'enrichissement du prête-nom détenteur d'un bien du *verus dominus* ou de l'enchaîner dans les liens d'un contrat imaginaire auquel il n'a peut-être concouru que par pure complaisance, et pour rendre service à un ami. Au surplus sous l'acte apparent se cache peut-être une convention illicite, voire criminelle. L'intérêt de la justice est que la vérité soit établie en toute hypothèse.

109. — L'application de la règle « *Nemo auditur*... » en tant qu'elle interdirait la preuve de la simulation par ses auteurs a été expressément repoussée par la Chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 25 avril 1887⁵. « Quel que soit en effet le caractère frauduleux de la collusion concertée », déclare la Chambre civile, celui qui attaque comme simulée une convention à laquelle il a été partie, « n'en a pas moins le droit de demander... que la vente dont il s'agit soit déclarée simulée et inexistante, et par suite les obligations qui en résulteraient, reconnues sans cause... Que son action se fonde précisément sur la simulation qu'il allègue et qu'elle a pour objet de faire reconnaître par la justice que, dans

1. Cités D. J. C. V^o Obligations, n^o 1033.

2. Agen, 18 avril 1809, cités D. J. G., *loc. cit.*

3. V. les articles 974, 975 du C. civ. du canton de Vaud cités Pestalozza. V^o *Simulazione*, n^o 53.

4. Sur le manquement de la règle, v. Ripert. *Règle morale*, n^o 104 et s. Savey Cassard. « Le refus d'action pour cause d'indignité », *Th. Lyon*, 1930.

5. D. P. 1887, 1, 397. Rignaut. V. aussi Civ. 3 décembre 1929, G. P. 27 décembre 1929. Le même principe avait été antérieurement admis, en matière de dissimulation de prix dans les cessions d'offices pour permettre la répétition du prix dissimulé, par l'arrêt Chedeville, Civ. 30 juillet 1884, S. 1884, 1, 582. Cet arrêt a fixé la jurisprudence en cette matière. Req. 1^{er} août 1844. S. 1844, 1, 584. Req. 18 mars 1895, D. P. 1895, 1, 346.

l'intention commune des prétendus, vendeur et acquéreur, le contrat de vente n'a jamais existé en réalité ».

S'il est définitivement admis en doctrine et jurisprudence que la règle « *Nemo auditur...* » ne fait pas obstacle au principe de la recevabilité de la preuve par les parties elles-mêmes, par contre cette règle est fréquemment utilisée pour motiver les conséquences à déduire de la nullité dont la loi a frappé la contre-lettre dans certaines hypothèses. C'est principalement dans l'application des articles 6 et 7 de la loi du 27 février 1912, que cette jurisprudence s'est manifestée. C'est ainsi que certaines juridictions ont fait application de la règle « *Nemo auditur...* » pour refuser à l'acquéreur la répétition des sommes payées par celui-ci, en vertu d'une contre-lettre annulée par application de la loi du 27 février 1912 ¹. Cette interprétation qui nous semble contraire à l'esprit de l'article 6 de la loi de 1912 est généralement critiquée ² et n'est pas consacrée par la Cour Suprême ³.

Par contre un arrêt récent de la Chambre des requêtes de la Cour de cassation a permis au vendeur d'intenter une action en rescision pour lésion en interdisant à l'acquéreur, sur le seul fondement de la règle « *Nemo auditur...* », de faire état du prix exprimé dans une contre-lettre ⁴.

Retenons de ces décisions que les tribunaux ne parlent de simulation ou de dissimulation, qu'au cas de fraude ou de turpido concertée, d'accord entre les parties.

110. — Les exceptions au principe de la preuve littérale qui n'ont d'ailleurs rien de spécial à la matière, sont nombreuses et découlent des principes généraux. C'est ainsi que par application de l'article 109 du C. de com. la preuve de la simulation est libre en matière commerciale ⁵. Une jurisprudence constante déclare également recevable la preuve par présomption, de la simulation illicite (art. 1353 C. c.). La jurisprudence fait un emploi fréquent de ce texte ⁶.

En dehors de ces cas, et toujours par application du droit com-

1. Trib. com. Seine, 4 décembre 1920, D. P. 1922, 2, 55. Trib. civ., Digne, 23 juillet 1925. G. T. 27 janvier 1926.

2. Capitant. *La cause*, n° 116, p. 239, n. 3.

3. Outre l'arrêt Chedeville. V. Req. 26 avril 1926, S. 1927, 1, 17, n. Balleydier. Req. 21 avril 1928. S. 1928, 1, 233, n. A. Roux. Civ. 25 avril 1887, D. P. 1887, 1, 397. Req. 21 juin 1935, D. H. 1935, 491. Hanne c/Martin.

4. Req. 10 décembre 1930, D. H. 1931, 17. S. 1931, 1, 103. Bovis c/Davit.

5. Civ. Rej. 7 janvier 1935, D. H. 1935, 131. Req. 30 mai 1883, D. P. 1884, 1, 292.

6. Outre de très nombreuses hypothèses où la convention a pour but une violation de la loi de 1912. V. Civ. Cas. 8 novembre 1926, S. 1927, 1, 43. Req. 19 mars 1923. S. 1923, Som. 1, 22. Req. 2 mars 1904, D. P. 1904, 1, 615. Civ. Cas. 27 mars 1888. D. P. 1888, 1, 345. Civ. rej. 28 août 1877, D. P. 1878, 1, 164. La jurisprudence belge semble être dans le même sens. Cas. belge, 14 mai 1903. Pas. 1903, 1, 216. Cas. belge, 2 juin 1887. Pas. 1889, 2, 39.

mun, la preuve libre est admise s'il y a un commencement de preuve par écrit répondant aux conditions de l'article 1347 C. c., c'est-à-dire émanant de la partie à qui on l'oppose et rendant vraisemblable le fait allégué. La jurisprudence considère comme tel l'acte simulé lui-même ¹. Mais il y a là une simple faculté pour le juge, qui peut également retenir comme satisfaisant aux conditions de l'article 1347 C. c., soit une correspondance échangée entre les parties ², ou entre une partie et un tiers ³, soit les déclarations des parties faites au cours d'un interrogatoire sur faits et articles ⁴ ou consignées dans un procès-verbal de gendarmerie ⁵.

La doctrine italienne ⁶ conteste au contraire la possibilité de trouver le commencement de preuve par écrit dans l'acte apparent simulé. Cet acte, qui par définition n'est pas voulu, ne saurait être utilisé à quelque fin que ce soit. C'est un cercle vicieux, dit Pestalozza, que pour anéantir un acte on cherche les éléments de destruction dans cet acte lui-même.

Il y a là une théorie excessive, qui perd de vue, à la fois les modalités de l'acte simulé et le rôle de commencement de preuve par écrit dans la théorie des preuves. Sans doute l'acte simulé ne correspond pas à la volonté réelle des parties, mais ce n'est pas dire que toutes ses clauses soient simulées, et nous avons précédemment admis qu'il fallait faire une réserve en disant qu'il ne correspondait pas, pour tout ou partie, à la volonté réelle des parties. C'est à ce titre que le juge peut des diverses stipulations de l'acte, induire le caractère simulé de certaines autres clauses. C'est ici que la doctrine italienne nous semble perdre de vue le rôle du commencement de preuve par écrit, car celui-ci n'a qu'un rôle complémentaire. Aux termes de l'article 1347 pour rendre admissible la preuve testimoniale, et par présomptions (art. 1353), l'acte invoqué à titre de commencement de preuve doit « rendre vraisemblable le fait allégué ». Le commencement de preuve ne supplée donc pas à la preuve testimoniale ou par présomptions et le juge pourra éclairer sa religion à l'aide des autres éléments que lui fourniront ces derniers modes de preuve ⁷.

Au contraire dans les cas où la preuve libre est admise parce qu'il a été impossible de se procurer un écrit, ou que cet écrit a été

1. Req. 12 mars 1918. S. 1921, 1, 71. Vve Paulin Roy c/Dame P. Roy. Cas. Civ. 5 décembre 1900. D. P. 1901, 1, 192. Ménager c/Yvon. Req. 14 juin 1899. D. P. 1899, 1, 344. Palier c/Romulus, Alger, 18 juin 1895. D. P. 1896, 2, 309. D^{lle} Brasseur c/ép. Potrognet.

2. Req. 27 octobre 1903. D. P. 1903, 1, 574, ép. Marchand c/Morle.

3. Req. 4 août 1922. S. 1924, 1, 286. Clerc c/ép. Papin-Dupont.

4. Aix, 25 janvier 1871, D. P. 1871, 2, 52. Her. Berenger c/Rey.

5. Req. 9 janvier 1913, D. P. 1919, 1, 29. n. H. Lalou.

6. Ferrara. p. 322. Pestalozza. V^o *Simulazione*, n^o 60.

7. V. en particulier Req. 14 juin 1899. Alger, 18 juin 1895, précités.

perdu ou volé (1348 C. c.) la preuve indiciare supplée à tout autre moyen ¹.

111. — Ces règles générales rappelées, le principe demeure que la nécessité de la preuve par écrit se justifie par le caractère conventionnel de la simulation. Aussi la jurisprudence base-t-elle ses décisions sur le texte fondamental en matière de preuve des obligations, non pas l'article 1321, qui nous l'avons vu, ne tranche pas cette question, mais bien l'article 1341 du C. c.

Sans doute ce texte trouverait-il son application, sans avoir à considérer le caractère conventionnel de l'obligation fictive, dans deux hypothèses qui ressortent de la lettre même de cet article. Ce serait le cas où l'intérêt du litige serait supérieur à 500 francs. La seconde hypothèse très fréquente en pratique, sera celle où l'acte apparent aura été rédigé par écrit. Sans considérer alors la valeur du litige, les termes mêmes de l'article 1341, imposent la nécessité de la preuve écrite ².

Ce serait en effet prouver « outre » le contenu de l'acte que de prouver par exemple, que le prix de vente de l'immeuble, objet de l'acte, était en réalité supérieur à celui qui y est porté. Ce serait prouver « contre » son contenu que démontrer que l'obligation assumée n'est qu'apparente et n'existe pas en réalité. Aussi la Chambre des requêtes de la Cour de cassation décide-t-elle : que la présomption déduite de la déclaration du vendeur, portant qu'il a reçu le prix antérieurement à la rédaction de la quittance ne présente pas les caractères d'une présomption suffisamment grave et précise, pour faire admettre la fictivité du paiement. Ce serait permettre aux parties de prouver « contre l'acte » ³.

Ces deux hypothèses, suffiraient à justifier les nombreuses décisions dans lesquelles la Cour Suprême a justifié l'exigence de la preuve écrite, sans pour cela la rattacher nécessairement au caractère conventionnel de la simulation. Si l'on veut se rappeler la prudence avec laquelle celle-ci s'attache à limiter ses décisions aux espèces qui lui sont soumises et se défend de toute déclaration de principe, cette réserve ne peut surprendre. Néanmoins, il ne nous semble pas que ce soit forcer le sens de ses arrêts en affirmant que le caractère conventionnel inspire ses décisions.

D'une part, nous l'avons vu invoquer expressément « la fraude

1. Pour une hypothèse où la contre-lettre avait été dérobée. V. Alger, 24 février 1897, D. P. 1897, 2, 448. Annouilh c/Vve Mathieu.

2. Il importe de ne pas confondre cette hypothèse où il s'agit de la preuve, avec celle, où il s'agirait de l'existence de la simulation. On admet l'existence de la contre-lettre verbale sous réserve précisément des difficultés de preuve.

3. Req. 10 juillet 1899. D. P. 1899, 1, 368. Vve Yaudet c/Fouquier. V. aussi : Civ. Cas. 14 janvier 1885, D. P. 1885, 1, 64. Eynard c/Mohamed Bouzian et autres.

concertée » pour faire anciennement application de la règle « *Nemo auditur...* ».

C'est aussi à l'accord des parties que se réfère l'arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation du 31 janvier 1900¹, pour casser un arrêt qui s'était basé sur de simples présomptions de fait pour déclarer déguisé par des actes de dépôt un partage de succession, alors « qu'aucune fraude à la loi n'était alléguée et qu'aucun commencement de preuve par écrit n'était invoqué ».

Il serait trop facile à un cocontractant de se dégager des obligations assumées, s'il lui suffisait d'alléguer qu'il n'a pas consenti pour faire admettre la liberté de preuve.

Seuls des cas exceptionnels peuvent justifier des dérogations au système légal des preuves et il importe de rappeler que les présomptions doivent même alors être suffisamment « graves, précises et concordantes » pour entraîner la conviction du juge.

C'est le principe du respect dû à la parole librement donnée que défend ainsi la jurisprudence, qui au surplus semble définitivement fixée, si l'on en croit les arrêts postérieurs de la Cour de cassation².

112. — Aussi ne saurions-nous approuver le principe, nouveau, mais contraire à notre jurisprudence, qu'introduirait le projet franco-italien de Code des obligations et des contrats.

L'article 49 de celui-ci déclare dans son alinéa 4 que « la simulation peut être prouvée par tous moyens, même entre les parties ».

Nous sommes peu renseignés sur les raisons de cette importante innovation. Le rapport des commissaires français et italiens est sur ce point assez laconique. Après avoir rappelé que l'article 49 « résume en quelques propositions la réglementation de toute cette matière très complexe, en accueillant dans les premiers alinéas les décisions unanimes de la jurisprudence », il reconnaît que la disposition finale de ce texte est en opposition ouverte avec des principes que l'on pouvait considérer comme acquis. Le dernier alinéa, « formule, dit le rapport, une règle qui est contraire au texte actuel (art. 1341 des C. c. français et italiens), *mais qui toutefois donne satisfaction aux nécessités évidentes de la justice* »³.

1. Civ. Cas., 31 janvier 1900. D. P. 1900, 1, 80. Ép. Marchand c/Vve Licatzeau et ép. Merle. La Cour de renvoi et sur nouveau pourvoi, la Chambre des requêtes ont, au contraire, admis la preuve par présomption mais en considérant le caractère illicite ou frauduleux du partage déguisé. Grenoble, 26 juin 1901, sous Req. 27 octobre 1903. D. P. 1904, 1, 574.

2. Req. 19 avril 1932, D. P. 1932, 1, 125, n. E. P., qui pour déclarer fictives les cessions d'actions d'une société à une autre en vue d'éluider le paiement des droits de mutation sur l'immeuble constituant le seul actif de la société vendeuse déclare que les juges du fond ont pu induire la simulation du fait : « Qu'il y avait en réalité avant ces cessions accord entre les deux sociétés sur le transfert de la propriété de l'immeuble, et qu'elles ont été concertées en vue de masquer la vente à l'administration et d'éluider le paiement de l'impôt. » V. également Civ. Rej., 18 mai 1914. D. P. 1916, 1, 72. Buisson es qualité c/Vve Sudaka. Civ. Rej., 2 avril 1924. S. 1927, 1, 261. Calmel c/Dame Calmel.

3. Projet franco-italien de code des obligations et contrats, pp. 51 et 50 du rapport.

Nous croyons au contraire que ces nécessités réelles exigent le respect des conventions. Dès lors que la simulation n'est pas prohibée, et sur ce point l'article 50 du projet franco-italien ne saurait nous en faire douter, la nécessité de la preuve écrite ne saurait être considérée comme une exigence superflue. A moins de considérer la simulation comme toujours illicite ou frauduleuse, ce que les auteurs du projet n'ont pas voulu, les parties ne doivent être écoutées que sur la production d'un écrit. Elles ont le plus souvent la possibilité de se réserver la preuve écrite, parce que précisément la simulation résulte toujours de leur accord, de leur convention librement et préalablement débattue. Les exceptions à cette règle sont déjà largement prévues, sans qu'il soit nécessaire de fournir un nouvel aliment à ce que l'on a justement appelé : « le régime de la violation des contrats ¹. »

Les tribunaux ont déjà un penchant que nous avons précédemment critiqué à qualifier de simulés, des contrats qui ne le sont pas, sans permettre à un plaideur de jeter le doute sur un accord par la seule contradiction apparente entre les diverses clauses d'une acte.

113. — Nous croyons que l'introduction du § 4 de l'article 49 du projet franco-italien est due aux commissaires italiens. Cette innovation ne figurait pas, en effet dans le texte élaboré par le « Comité français pour l'union législative entre les nations alliées et amies ². », et le rapporteur, M. H. Capitant, se prononçait expressément pour le maintien de la prohibition de la preuve par témoins ou présomptions. « Dans la très grande majorité des cas, l'écrit reproduit fidèlement l'accord des volontés. Il est donc tout naturel que la loi fasse confiance à l'acte et ne se contente pas pour la preuve de ce fait exceptionnel (qu'est la simulation) de simples témoignages ou présomptions. Ces modes de preuve paraissent ici trop fragiles. » Le savant rapporteur concluait en ces termes : « Ce n'est pas trop exiger que d'imposer au plaideur de fournir en dehors de ces modes de preuve et pour les consolider, un commencement de preuve par écrit. Au surplus, celui qui consent à signer un acte simulé sait à quoi il s'engage, et il n'a pas à se plaindre ³. »

En conséquence la rédaction proposée du texte actuel des articles 1341 et 1321 du C. c. n'apportait aucune modification aux principes consacrés sur le point qui nous occupe ⁴.

C'est au contraire doctrine courante chez les jurisconsultes

1. H. Capitant. *Chr.*, D. H. 1934, p. 1.

2. *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1918, pp. 190 et s.

3. H. Capitant. « Etude critique des restrictions apportées par les articles 1341 du C. civ., et du C. c. italien à la recevabilité de la preuve testimoniale », *Bul. Sté. ét. lég.*, 1918, p. 221.

4. V. les textes que proposaient les délégués français : art. 1321, *Bull.*, 1920, p. 185, art. 1341, *Bull.*, 1920, p. 188.

italiens¹, que les dispositions de l'article 1341 du C. c. italien ne sauraient s'appliquer intégralement à la simulation².

Il nous paraît d'autant plus intéressant de rapporter cette opinion, qui a réussi à prévaloir dans un texte qui sera peut-être bientôt de droit positif, que les arguments invoqués en sa faveur mettent en cause la notion même de simulation.

Ceux-ci ne sont pas tous également admis par les auteurs dont par ailleurs, la conception est uniforme. C'est ainsi que Ferrara croit pouvoir éviter l'objection déduite de l'article 1341 interdisant de prouver « contre et outre » le contenu des actes, en faisant remarquer que dans la simulation il n'y a pas deux actes contradictoires, mais un seul³. L'argument est ici, où il s'agit uniquement de cette prohibition particulière de la preuve, sans valeur. L'illustre civiliste fait allusion à l'acte de volonté, au *negotium*. Mais l'article 1341 est étranger à l'existence de celui-ci et ne concerne que la preuve. Si l'acte ostensible s'est matérialisé dans un écrit celui-ci ne pourra être écarté que par la production d'un autre écrit. C'est tout ce que dit l'article 1341. Il s'agit dès lors des « *instrumenta* », ainsi que l'indique la lettre même du texte italien en prohibant, en termes plus précis encore que ceux de l'article 1341 du C. c. français, la preuve outre et contre le contenu « d'actes écrits ».

Aussi en présence de ces termes Pestalozza admet-il cette première restriction, mais les thèses des deux auteurs se rejoignent quant à l'interprétation de la première phrase de l'article 1341 du C. c. italien. Celui-ci prohibant la preuve par témoins d'une « convention » n'a pas « commis l'erreur du Code Napoléon, qui dans son article 1341 emploie, le mot « choses » obligeant les interprètes à s'en tenir à la distinction entre faits juridiques et faits simples.

Au contraire l'article 1341 du C. c. italien employant le mot « convention », précise lesquels parmi les faits juridiques doivent être assujettis à ses règles⁴. Or l'objet propre et direct de la preuve tend, en matière de simulation, à établir un « fait ». Ce fait c'est l'« absence de consentement ». Et ce « fait psychologique⁵ » doit pouvoir être prouvé librement « puisque l'article 1341 pose

1. Outre les auteurs dont la doctrine est analysée plus loin, cf. les opinions divergentes de Coviello. *Manuale*, p. 361, 523. Chironi. *Istit.* I, § 57 et *Questioni* III, p. 36. Giorgi. *Oblig.* IV, n° 163. Vivante, IV, n° 1589. V. aussi d'Amelio. « Influence des projets des Codes sur la Jurisprudence », *Chr. D. H.*, 1934, 9.

2. Ce texte, qui porte la même numérotation que la disposition correspondante du C. c. français, est ainsi rédigé : « N'est point recevable, la preuve par témoins d'une convention sur un objet dont la valeur excède 500 liras, encore qu'il s'agisse de dépôts volontaires. Cette preuve n'est pas non plus recevable contre et outre le contenu d'actes écrits, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit, avant, lors ou depuis les dits actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de 500 liras. »

3. *Simul.*, p. 310.

4. Pestalozza. *Op. cit.*, n° 55, n. 7.

5. Ferrara, p. 309.

des limites à la preuve testimoniale des conventions, mais non des faits ¹ ». Pestalozza restreint d'ailleurs sa théorie aux très rares cas où l'acte simulé aurait été conclu sous forme de convention orale.

Ces opinions ne nous paraissent pas devoir être acceptées sans discussion.

Il convient au préalable d'écarter une objection que l'on serait tenté de faire. En admettant que la simulation soit un fait juridique, l'argument tiré de la différence de rédaction entre ces textes italien et français, ne vaut pas, pourrait-on dire, pour le droit français, car il y est admis que la nécessité de la preuve écrite s'applique aussi bien à l'acte juridique qu'au fait juridique ².

Nous acceptons au contraire l'objection de Pestalozza, mais envisageant les termes mêmes employés par l'article 1341 du C. c. italien, nous voulons démontrer que la simulation n'est pas, entre parties, un fait juridique *stricto sensu* mais bien un *negotium* du genre « convention ». Notre démonstration vaudra *a fortiori* pour le droit français.

Nous écartons encore de la discussion un argument que Ferrara a cru pouvoir présenter au soutien de sa théorie : « Si on admet cette opinion (la nécessité d'un écrit) écrit-il ³, il faut admettre que pour prouver la simulation d'une donation les contractants doivent se prémunir d'une contre-lettre par acte authentique. » Il ne saurait s'agir ici de discuter le principe de la validité des donations déguisées. Certes discutable en théorie ⁴, le principe paraît bien définitivement acquis dans la pratique jurisprudentielle. La rigueur du raisonnement de Ferrara est cependant plus apparente que réelle puisqu'il est admis que la simulation d'une donation ne la dispense que des conditions de forme. Prenons l'exemple fréquent où la donation serait déguisée par une vente, les parties ayant déclaré dans l'acte ostensible que le prix a été versé avant la comparution devant l'officier ministériel et hors de sa vue ⁵. Il faut en premier lieu faire tomber cet acte ostensible. Pour cela il faut, dans notre exemple, établir que le versement des deniers n'a pas eu lieu. Or il est de jurisprudence constante que le caractère authentique ne s'attache qu'aux constatations personnelles qui incombent à l'officier public ⁶. Le versement est un fait matériel que l'officier public n'a pu constater et auquel la mention dans un acte notarié à la suite des déclarations des parties, n'a pas conféré le caractère authentique. Ce fait pourra être établi sans qu'il

1. Pestalozza. *Loc. cit.*

2. Cas. Civ. 24 décembre 1919, D. P. 1920, 1, 12.

3. *Op. cit.*, p. 310.

4. Position doctrinale adoptée et brillamment soutenue par Ferrara, p. 193 s.,

5. Sur le principe v. en dehors de la matière des donations : Civ. Rej. 7 janvier 1935. D. H. 1935, 131. Req. 11 juillet 1932, D. H. 1932, 457.

6. V. l'espèce de Civ. Cas., 4 avril 1933. D. H. 1933, 315.

soit besoin d'inscription de faux, mais la jurisprudence décide que la preuve ne sera recevable que dans les termes du droit commun des articles 1341 et suivants, qu'il s'agisse d'ailleurs d'actes authentiques¹ ou sous-seings privés².

Mais la simulation n'étant pas une cause de nullité de la convention qui réunit par ailleurs toutes les conditions de fond, le donataire qui voudra faire sortir la libéralité à effet devra prouver l'intention libérale.

La jurisprudence décide avec raison que celle-ci ne peut-être administrée que par écrit ou les succédanés autorisés par les articles 1347 et 1348. Mais cet écrit peut être sous-seing privé puisqu'elle admet que l'acte notarié simulé, auquel ne s'attache plus désormais la force authentique, ou l'acte sous-seing privé simulé lui-même, pourront servir de commencement de preuve par écrit³. Et en effet aux termes de l'article 1322 du C. c.⁴ l'acte sous-seing privé « a entre tous ceux qui l'ont souscrit... la même foi que l'acte authentique ». Il convient cependant de reconnaître que la jurisprudence est par ailleurs incertaine car si l'acte apparent revêt la forme unilatérale d'une reconnaissance celui-ci ne peut servir de commencement de preuve par écrit⁵. C'est qu'alors l'acte ne fait pas preuve du « consentement » des parties condition de fond de toute convention dont la simulation ne saurait dispenser les donations.

Ces considérations écartées le débat entre parties, il importe de le rappeler, porte désormais sur l'objet direct de la preuve. Celle-ci tend effectivement à établir l'absence de la volonté juridique telle qu'elle est portée à l'acte ostensible et subsidiairement sur l'existence d'une cause réelle dissimulée, pour laquelle la liberté de preuve sera admise, car la simulation de l'acte ostensible étant établie, ce n'est plus prouver « contre » celui-ci que d'établir une volonté différente et l'article 1341 serait inapplicable. Mais la comparaison qu'établit Ferrara, ruine à notre sens tout l'effort de construction pour assimiler la simulation à un fait juridique. Il dit en effet : « Personne ne met en doute que dans les conventions où un écrit est exigé *ad solemnitatem* la preuve d'un vice de la volonté ne soit admise. La simulation n'étant qu'un défaut de la volonté, il n'y a pas de raison d'être plus rigoureux⁶. »

1. Req., 9 décembre 1913, D. P. 1919, 1, 29. Req., 30 mai 1900. D. P. 1900, 1, 454.

2. Civ. Rej., 18 mai 1914. D. P. 1916, 1, 72.

3. Aux arrêts cités *supra*, p. 134, n. 1, adde les arrêts des notes 1 et 2 ci-dessus. La jurisprudence italienne est également en ce sens. Cas. Roma, 21 février 1903, citée et critiquée par Fr. Ferrara, *op. cit.*, p. 309.

4. Disposition correspondante du C. c. italien.

5. Req., 7 mars 1898, D. P. 1898, 1, 220. Cf. Planiol, Ripert et Trasbot, v. pp. 434, 435.

6. *Op. cit.*, p. 309.

114. — Ce rapprochement néglige un des caractères essentiels de la simulation, savoir : le caractère intentionnel de celle-ci. L'erreur est par essence un vice involontaire dont celui qui l'invoque aura à établir le caractère déterminant. Cette preuve sera libre, car ce caractère résulte des circonstances de la cause, c'est-à-dire de faits purs et simples ¹. Au contraire il n'y a pas de simulation involontaire en ce sens que si le consentement de l'une des parties a été extorqué par dol ou violence, il n'y a pas simulation valable, puisqu'on ne retrouve pas l'acte valablement apparent, dissimulant (au cas de simulation relative) l'acte réellement voulu. La situation est alors rétablie, non pas conformément à la contre-lettre, comme cela serait s'il y avait simulation (art. 1321), mais conformément aux faits, qui peuvent être contraires à la volonté des parties, parce que précisément il n'y a pas simulation.

Du moins est-ce ainsi, nous semble-t-il, que doit être interprétée la jurisprudence de la Cour Suprême, qui refuse de faire valoir une prétendue donation déguisée lorsque, par exemple le versement du prix a été un pur simulacre rendu possible par l'affaiblissement des facultés de l'autre partie, ou par l'effet de la fraude ou du dol ². Mais cette solution doit être généralisée et le principe, unanimement reconnu en matière de donation déguisée, que le déguisement doit être réalisé par un acte apparemment onéreux mais intrinséquement valable en tant que *negotium* ³, n'est que l'affirmation du caractère conventionnel de la simulation.

Il n'y a pas simulation, si l'accord simulatoire est vicié par l'erreur puisque celle-ci exige l'accord de toutes les parties à l'acte ⁴. La fraude ou le dol dans la formation de l'acte apparent au détriment de l'une des parties, est exclusive de toute simulation, puisque de ce fait la convention n'a pu être valablement formée. Les expressions parfois employées de « quittances fictives et simulées » ne doivent pas faire illusion ⁵. Les quittances sont erronées et fausses, elles ne sont pas simulées car la Cour Suprême ajoute qu'en l'espèce « les habitudes d'intempérance » du vendeur « avaient affaibli son intelligence au point de retirer toute valeur aux signatures apposées au bas des quittances litigieuses », c'est dire exactement qu'il n'avait pas consenti à la simulation des dites quittances. En condamnant l'auteur du dol au versement du

1. Cf. Planiol, Ripert et Esmein, VI, n° 187.

2. Req. 9 décembre 1913. D. P. 1919, 1, 29. Peybernes c/Moulis. Req. 3 mai 1900. D. P. 1900, 1, 454. Mahieux c/Wacheux. Civ. Rej. 8 décembre 1889, D. P. 1889, 1, 359. Gill c/Cons. Lignières.

3. La Cour de cassation se réserve de contrôler la validité de celui-ci. Req. 11 juin 1925. D. H. 1925, 447, où il s'agit d'ailleurs d'une donation indirecte par inclusion dans un acte onéreux.

4. Comp. Planiol, Ripert et Esmein, nos 335 et 341 qui considèrent l'acte comme simulé.

5. Civ. Rej. 8 décembre 1889, D. P. 1889, 1, 359, précité.

prix, la Chambre des requêtes dans l'arrêt Peybernes rétablit la situation non pas conformément à la volonté réelle des parties, mais contre¹ cette volonté, ce qui est contraire à la solution admise en matière de simulation. Le dol est un fait juridique, c'est-à-dire un événement auquel le droit attache un effet juridique sans s'inquiéter de l'intention de son auteur, ou même en lui faisant produire des effets contraires à cette volonté.

115. — La doctrine, il est vrai, n'est pas unanime sur le domaine respectif à assigner à l'acte et au fait juridique.

Une opinion réserve cette dernière expression « aux faits qui ont pour résultat immédiat et nécessaire, soit de créer ou de transférer, soit de confirmer ou de reconnaître, soit de modifier ou d'éteindre des obligations ou des droits ». Telle est la formule empruntée à Aubry et Rau², dont s'est servie la Chambre civile de la Cour de cassation dans son arrêt précité du 24 décembre 1919³.

Devant cette définition consacrée par la Cour Suprême, notre démonstration pourrait s'arrêter là en rappelant qu'après ces auteurs, nous avons admis le caractère « déclaratif » de la contre-lettre⁴. Dans cette conception, si la contre-lettre⁵ ne crée pas (simulation absolue) ou ne modifie pas (simulation relative), mais reconnaît seulement une situation juridique antérieure, elle tombe à ce titre sous l'application de l'article 1341.

Ainsi entendue l'expression de fait juridique « est très large, elle comprend tous les faits, soit purement matériels, et indépendants de la volonté de l'homme, soit produits par l'activité de ce dernier, qui ont pour conséquence de créer, ou de modifier, ou d'éteindre des droits⁶ ».

Aussi à cette conception large la doctrine a-t-elle opposé une définition technique de l'acte ou du fait juridique « *stricto sensu*⁷ » et c'est à cette conception que se réfère la doctrine italienne pour refuser d'appliquer à l'acte simulé les principes posés par l'article 1341 C. c.

1. C'est évident à l'égard de l'acheteur.

2. Aubry et Rau, XII, § 762, texte et note 4.

3. Vve Laurent c/Soury. D. P. 1920, 1, 12. Comp. les formules légèrement différentes employées par la Cour suprême dans ses arrêts antérieurs. Req. 18 juillet 1906. S. 1911, 1, 562. Civ. 28 mai 1888. S. 1888, 1, 424.

4 et 5. Étant entendu que l'expression contre-lettre dans son sens technique se rapporte uniquement à un acte simulé et non à un acte réel modifié *a posteriori*. *Supra* notre Introduction, n° 4 n. 1 et les autorités citées.

6. Capitant. *Introduction à l'étude du droit civil*, n° 228, p. 248. Remarquons cependant que la définition du savant auteur est moins large que celle d'Aubry et Rau.

7. Sur ces points nous ne saurions mieux faire que de renvoyer aux précieux développements qu'a consacré à l'examen de ces diverses conceptions M. Bonnesse. *Supplément au traité de droit civil* de Baudry. Lacantinerie, t. II, pp. 281 et s., spécialement n° 315, p. 360.

8. *Traité* I, 4^e éd., pp. 60 et 61. Cf. Demogue, I, nos 11, 12.

« Il s'en faut, écrivaient MM. Colin et Capitant ¹, que tous les faits juridiques constituent des actes juridiques. Ceux qu'on appelle ainsi, les actes juridiques proprement dits, ce sont des actes volontairement accomplis par l'homme, avec l'intention d'engendrer de modifier ou d'éteindre des droits », d'où « il résulte que lorsqu'il n'y a pas opération volontaire, intentionnelle, il n'y a pas acte juridique ».

Cette définition implique que le caractère volontaire ou intentionnel de l'opération ne suffit pas, pour qu'il y ait acte juridique, il faut en outre : la volonté du résultat juridique. C'est pourquoi par opposition aux faits purement matériels ou « faits involontaires », des faits même intentionnels ne constitueront pas nécessairement des actes juridiques, mais des « faits juridiques volontaires » desquels est absente « l'intention de leur faire produire des effets juridiques et auxquels cependant la loi attache cette conséquence ¹ ».

116. — Appliquant ces données à l'acte simulé, la doctrine italienne refuse à celui-ci la nature d'acte juridique, car s'il exige bien, pour reprendre les expressions employées par ces auteurs, la « volonté de déclarer ² » ou élément intentionnel, on n'y retrouve pas la volonté juridique, celle-ci se trouve au contraire consignée par la contre-lettre.

« La simulation, dit Pestalozza, est un accord de volonté, mais sans qu'il soit besoin de voir là un acte juridique. C'est un « fait », « un fait dolosif ³ ».

Il est facile de démontrer qu'entre parties l'acte simulé n'est pas un fait juridique, car cette affirmation implique une conséquence inéluctable sur laquelle se reporte tout l'intérêt scientifique de cette notion ⁴. On veut dire par là que les effets de droit consécutifs à cette opération se produiront « *lege* ».

Or ce corollaire nécessaire est inadmissible dans notre matière. Si l'acte ostensible ne produit pas d'effets c'est bien parce que telle a été la volonté des parties, et le jugement qui prononce la nullité de cet acte, ne fait que « reconnaître » une situation voulue par les sujets de droit. Au surplus le qualificatif de « fait juridique » évoque l'idée d'acte illicite, fautif ⁵. Or nous venons de voir que les deux idées de simulation et de dol, à l'égard de l'une des parties à la convention, sont exclusives l'une de l'autre. Tout au moins on ne peut, avons-nous dit, sans faire un usage erroné de l'expression technique de simulation, parler d'acte simulé. S'il y a dol ou fraude

1. Colin et Capitant. *Op. cit.*, p. 62. Capitant, *Introduction*, n° 229.

2. Pestalozza. *Op. cit.*, n°s 6, 7.

3. Pestalozza, n° 51.

4. Nous faisons allusion au problème des sources des obligations. V. l'exposé de cette controverse. Bonnecase. *Op. cit.*, II, pp. 314 et s., spécialement, pp. 324 s.

5. Colin et Capitant. *Op. cit.*, p. 62. Capitant. *Introduction*, *loc. cit.* Bonnecase. *Op. cit.*, pp. 559 et s.

à l'égard de l'une des parties, il n'y a pas simulation, car malgré les expressions quelque peu indécises, la Cour Suprême consacre en fait la solution préconisée par les théoriciens du « fait juridique¹ ». A l'inverse il n'y a pas « fait juridique » lorsqu'il y a réellement simulation, c'est-à-dire convention librement conclue, en ce sens que l'un des contractants ne saurait se plaindre d'une faute ou d'un dol à son égard parce qu'alors tout a été voulu par les parties².

Toutefois cet argument purement négatif ne serait pas suffisant si une démonstration positive ne venait l'appuyer. Celle-ci touche à la notion même de la simulation, terrain sur lequel les auteurs dont nous analysons la thèse ont placé le débat. Il n'est pas sûr que l'acte simulé (l'acte ostensible) ne renferme pas (au moins partiellement) la volonté juridique des parties, ce qui est la caractéristique de l'acte juridique *stricto sensu*. Cela est même certain dans une hypothèse de simulation. Nous faisons allusion à la simulation relative et en particulier, à celle ayant pour objet la dissimulation de prix. Dès lors si nous avons cru devoir refuser l'opinion des auteurs italiens c'est, nous tenons à le préciser, en tant que théorie générale de la simulation et dans la mesure où elle a été consacrée par le texte nouveau de l'article 49 du projet franco-italien qui lui-même ne distingue pas.

117. — A ce titre l'acte apparent est générateur d'effets de droit et peut produire entre les parties des effets obligatoires dont la source est bien la convention des parties. C'est ce qu'exprime dans une formule, à notre avis excellente, un récent arrêt de la Cour Suprême. L'article 7 de la loi du 27 février 1912 ne frappe de nullité que la partie dissimulée de prix, mais, dit la Chambre des requêtes : « laisse subsister la convention ostensible et les obligations qui en découlent pour les parties contractantes³. »

La jurisprudence détruit ainsi l'équilibre des prestations convenues et cela en vue de déjouer les calculs des débiteurs qui à l'abri de cette loi espéraient se soustraire à leurs obligations. Il n'en reste pas moins exact de dire que les obligations quoique ainsi réduites, ont leur source dans la convention.

En dehors de cette hypothèse particulière, pourquoi l'acte simulé, si on ne peut le qualifier d'une façon générale de « contrat » au sens technique du terme, ne répondrait-il pas à la définition plus large de « convention » ?

1. Cf. les arrêts précités, p. 141 n. 2 et 5.

2. Rapp. Civ. rej., 23 juillet 1934. D. H. 1934, 505, qui consacre cette solution quant à la contre-lettre, en décidant qu'il n'y a pas faute de la part d'un contractant à se refuser à toute exécution de la contre-lettre, nulle par application de la loi du 27 février 1912.

3. Req. 18 juillet 1934. Vve Mesmer c/Mallet. D. H. 1934, 476. En même sens, Req. 30 décembre 1935. Ricard c/Ducros. *Le Quotidien juridique*, 16, 17 février 1936. Req. 14 mars 1934, S. 1934, 1, 176. Req. 16 mai 1933, D. H. 1933, 346. Civ. rej. 25 mars 1931, D. P. 1931, 1, 62.

Tous les accords de volonté ne constituent sans doute pas des contrats ¹, mais la distinction du contrat et de la convention n'apparaît pas dans notre matière comme purement terminologique ².

La convention, disent Aubry et Rau ³ « est l'accord de deux ou plusieurs personnes sur un objet d'intérêt juridique ». En permettant expressément la simulation entre parties, l'article 1321 imprime sans nul doute à la création d'une apparence un caractère juridique. Ne peut-on dire, abstraction faite des hypothèses de déguisement illicite, que tout est conforme à l'intention des parties et à la loi ?

D'une part, en effet, si entre elles l'acte ostensible est en général ⁴ inefficace, c'est bien parce qu'elles l'ont voulu ainsi et en déclarant licite la création de cette apparence qui a fait l'objet de l'accord de volontés, l'article 1321 confère à celui-ci son caractère juridique.

D'autre part, si entre parties l'acte juridique stricto sensu se confond avec la contre-lettre, la disposition de l'article 1321 du C. c. est sur ce point en parfaite harmonie avec l'intention des simulateurs.

Par suite, il nous semble qu'en présence d'un texte comme l'article 1341 C. c. italien restreignant la preuve par écrit aux seules « conventions », la preuve de la simulation dût être assujettie à ses prescriptions.

Nous avons ainsi tenté, en accord d'ailleurs avec la jurisprudence précitée et la doctrine ⁵, de justifier sur le terrain juridique le maintien de principes anciens que « les nécessités évidentes de la justice » ne nous paraissent pas avoir ébranlés. Nous ne saurions donc approuver la règle nouvelle posée par l'article 49 du P. F. I., alors que la rigidité apparente du principe posé par les articles 1341 des Codes civils français et italiens s'avère en résumé, comme une mesure de protection des contractants. L'abandon de ce principe nous semble dangereux pour eux puisqu'ils trouvent par ailleurs dans les exceptions prévues aux articles 1347, 1348, et 1353 de suffisantes « soupapes de sûretés » ⁶.

Après avoir tenté par comparaison avec les notions voisines d'Apparence et de Réserve mentale de préciser le caractère conventionnel de la simulation, nous allons rechercher dans le chapitre suivant quelles sont les parties à cette convention.

1. Transport bénévole, acte de courtoisie. Cf. *supra*, 1^{re} partie, chap. II.

2. Comp. Colin et Capitant, II, p. 257.

3. Aubry et Rau, IV, § 340, texte et note 1.

4. Cette restriction vise l'hypothèse de dissimulation ci-dessus analysée.

5. Planiol et Ripert, VI, n° 341, VII, n° 1482, p. 816. Colin et Capitant, II, pp. 225 et 229. Aubry et Rau, XII, § 765, texte et note 25.

6. H. Capitant. Rapport précité, *Bulletin Soc. ét. lég.*, 1918.

CHAPITRE II

LES PARTIES A LA CONVENTION L'INTERPOSITION DE PERSONNES

118. — Le « mandataire » et le « *nuntius* » furent utilisés à Rome dans les milieux terrestres et maritimes tout d'abord, pour la conclusion des contrats *inter absentes*. Mais on sait que le droit romain notamment ne connut tout d'abord que le mandat en nom propre ou mandat non représentatif dans lequel la personne interposée subit à côté du maître les effets des actes qu'elle conclut pour le compte de celui-ci ¹.

L'absence de représentation dans les actes juridiques peut dans certaines hypothèses ne pas présenter que des inconvénients pour les contractants. La notion de crédit personnel restée très vivace dans les milieux industriels et commerçants, la nécessité de recourir à des intermédiaires spécialisés opérant sur des places éloignées, expliqueraient que le droit commercial ait conservé l'institution du contrat de commission dans lequel, habituellement ², le mandataire ne représente pas son mandant. Pour des raisons identiques le mandat en nom propre a trouvé place dans les actes du droit civil. De ces intermédiaires réels qu'ils agissent ou non en qualité de représentants, c'est une des principales difficultés de notre sujet de distinguer le contractant fictif, l'homme de paille qui dissimule aux tiers la personnalité du contractant, ou qui, posé entre les deux parties à une convention, n'a d'autre fonction que de suppléer à l'incapacité qui prohiberait la conclusion de l'acte envisagé. Au seuil de nos recherches sur les parties à l'acte dissimulé, il nous paraît indispensable de poser le principe d'une double notion possible de l'interposition de personnes dont nous dégagerons respectivement les conditions d'existence et les effets dans une section

1. Girard, pp. 675 et s.

2. L'article 94 du C. de com. présente, il est vrai, le commissionnaire comme agissant ou non en qualité de représentant. Mais nous disons qu'habituellement le commissionnaire agit proprio nomine, car le privilège de l'article 95 étant réservé au seul commissionnaire qui agit en nom propre, c'est avec cette modalité qu'en pratique, le contrat de commission est conclu, que la doctrine le présente (Lacour et Bouteron, nos 938, s. Thaller, Percerou, I, n° 1113. Planiol, Ripert et Cassin, VI, n° 55) et que nous raisonnerons dans la suite de nos développements.

première consacrée à la dualité de la notion d'interposition de personnes.

Nous réserverons une deuxième section à la mise en œuvre des notions dégagées, dans un domaine où les sanctions prévues par le législateur leur donnent un intérêt tout particulier, en étudiant l'interposition de personnes dans les libéralités.

SECTION I. — La dualité de la notion d'interposition de personnes.

Le législateur français dans les textes qui réglementent l'interposition de personnes, n'a pas indiqué d'une façon formelle s'il entendait prohiber par cette expression une hypothèse de simulation¹. On ne peut par suite affirmer à la seule lecture des textes que telle ait été son intention. L'unanimité de la doctrine admet cependant aujourd'hui que la simulation peut porter sur la personnalité des contractants, on dit alors qu'il y a interposition de personnes. Nous précisons qu'il y a dans ce cas interposition fictive de personnes, l'utilité de ce qualificatif devant apparaître à la suite de nos développements.

Car, à côté de cette première notion, la jurisprudence a eu à trancher certains litiges où il ne lui a pas paru possible de recourir à la notion de simulation. La doctrine s'est alors efforcée de dégager une notion nouvelle de l'interposition en réservant à celle-ci la qualification d'interposition réelle de personnes.

Cette doctrine a eu quelque écho dans certaine législation postérieure à notre Code civil. Le Code civil portugais précise en effet dans son article 645 que « les contrats peuvent être faits par les contractants en personne ou par une personne interposée munie d'autorisation valable² ». Ce texte se réfère à l'hypothèse où un mandataire stipule en son nom propre pour le compte de la personne qui l'a autorisé. Aucun doute ne paraît possible sur le sens de ce texte, si on le rapproche de l'article qui suit.

Aux engagements souscrits au nom de l'intermédiaire mais pour le compte d'autrui, l'article 646 oppose ceux : « faits au nom d'autrui » et « sans autorisation » et déclare qu'ils ne produiront effet que s'ils sont ratifiés avant que l'autre partie ne se rétracte. Ce dernier texte se réfère à la gestion d'affaires, le premier, au mandat

1. Tous ces textes sont en effet prohibitifs. Cf. les articles 911, 1099, 1596 C. c., art. 17, loi du 1^{er} juillet 1901, art. 1 du décret du 27 septembre 1914 qui interdisait pour la durée des hostilités aux ressortissants des États ennemis de se livrer directement ou par personne interposée à tout commerce sur le territoire français.

2. C. civ. portugais du 1^{er} juillet 1867, traduit par G. Laneyric et J. Dubois et publié par le Ministère de la Justice avec le concours de la *Société de Lég. Comp.*, édition 1896.

en nom propre et non comme on pourrait le croire à la stipulation pour autrui, dans laquelle le stipulant n'a pas à être préalablement autorisé par le tiers bénéficiaire.

D'autres exemples pourraient être ajoutés, où le développement des conséquences juridiques d'un acte nécessite l'intervention d'un intermédiaire. Le légataire universel, pour l'exécution des charges, le grevé de substitution, sont des interposés réels.

En présence de cette dualité de notion, il semble difficile de comparer telle institution comme le mandat avec l'interposition de personnes, si l'on ne prend soin de préciser davantage. Le mandataire, comme le représentant, intervient réellement dans la conclusion des contrats entre parties éloignées. Mais le doute surgit et la jurisprudence révèle les difficultés qui se présentent en pratique, lorsque le mandataire agit en nom propre. La doctrine moderne admet aujourd'hui sans conteste que la représentation n'est pas de l'essence du mandat, la représentation pouvant exister en dehors de tout mandat, et tel est le cas de la gestion d'affaires ; le mandat à l'inverse, pouvant ne pas entraîner représentation¹.

Dans cette dernière hypothèse toutefois la consultation des solutions de jurisprudence et des thèses doctrinales révèle un certain flottement dont la persistance jusqu'alors a pu être attribuée aux expressions employées². On désigne en effet indifféremment par l'expression de « prête-nom » aussi bien le mandat proprio nomine, que le contractant fictif qui s'interpose entre deux contractants sérieux.

Dans les deux cas, dit-on, cet interposé en prenant la qualité de partie à un acte conclu pour le compte d'autrui dissimule sa véritable qualité de mandataire. Le prête-nom, mandataire en nom propre, serait un cas de simulation. A l'inverse, les effets des actes d'un propriétaire fictif ou du titulaire fictif d'un droit, s'expliqueraient par sa qualité de mandataire en nom propre.

Que l'on se borne à enregistrer « cette habitude de langage » ou que l'on s'élève contre cette confusion³, il faut pour prendre partie en connaissance de cause, examiner les espèces de la pratique et les motifs invoqués par les tribunaux à l'appui de leurs solutions. Les expressions de personne interposée, de prête-nom, de mandataire en nom propre étant parfois employées dans la

1. Sur le principe, cf. Demogue, I, p. 176. Planiol, Ripert et Cassin, VI, n° 55 et XI, par R. Savatier, n° 1427. Colin et Capitant, II, p. 704. Comparer la formule d'Aubry et Rau, VI, § 410. Adde. Pilon. *Th. précitée*, n° 13 et s., Falque, Pierrotin. Le mandat. Ses éléments constitutifs, *Th. Caen*, 1933, p. 26.

2. Lerebourg-Pigeonnière. Du prête-nom mandataire ou gérant d'affaires. *Thèse Caen*, 1898, n° 3, pp. 5 et s. Ferrara. *Simulazione*, pp. 215 et s.

3. Lerebourg, Pigeonnière. *Op. cit.*, n° 1.

4. Ferrara. *Op. cit.*, *loc. cit.*

même décision sans qu'il soit toujours possible d'apercevoir à quelle conception se rattache la jurisprudence ¹.

§ 1. — *La convention de prête-nom considérée comme mandat proprio nomine, constitue-t-elle un mandat dissimulé?*

Avant d'aborder l'étude des solutions qui ont été présentées sur ce point, il importe de préciser que la question posée concerne exclusivement l'hypothèse où une personne a reçu effectivement le pouvoir d'agir en son nom personnel mais pour le compte de son mandant, et non celle qui fera l'objet du § suivant où nous rechercherons si le titulaire fictif d'un droit est un mandataire agissant en nom propre. Nous faisons pour l'instant abstraction du sens amphibologique de l'expression « prête-nom » utilisée dans l'une ou l'autre hypothèse, et dont l'imprécision permet par là même à telle ou telle conséquence de trouver appui dans les décisions de la jurisprudence.

Dépouillée de toute étiquette la question de savoir s'il y a mandat dissimulé ² ne relève pas d'une pure question de terminologie car elle commande celle des effets juridiques qui seront reconnus à cette convention. L'étude en doit donc être faite en tenant compte bien plus que des expressions employées, de l'intention des parties. Nous exposerons d'abord les solutions consacrées par la jurisprudence pour examiner ensuite les explications doctrinales qui en ont été fournies.

A. — JURISPRUDENCE RELATIVE AUX EFFETS DU MANDAT SANS REPRÉSENTATION

Le mandat sans représentation produit des effets tant à l'égard des tiers qu'entre mandant et mandataire.

119. — A l'égard des tiers les engagements contractés en son nom personnel par le mandataire ne créent de liens de droit qu'entre le contractant et le mandataire. Ce dernier répond personnellement des suites de son engagement à l'exclusion de tout recours des tiers contre le mandant alors même qu'il aurait su pour le compte de qui était souscrit l'engagement. Le principe est affirmé dès 1864 ³ par la Chambre civile de la Cour de cassation, qui décide que la résolution de la cession de droits successifs, pour défaut de paiement du prix, prononcée contre le mandataire n'ouvre pas aux tiers vendeurs de recours contre le mandant. Depuis lors

1. Pour l'emploi cumulatif de ces expressions, cf. Req. 5 avril 1880. D. P. 1881, 1, 13. « Si l'on peut en général constituer un prête-nom, c'est-à-dire un mandataire agissant en nom propre... l'interposition d'Arbey tendait à ... »

2. Et non simulé ainsi que l'on écrit parfois. Flavien. « Des contre-lettres », *Th. Paris*, 1929, p. 51.

3. Civ. Rej. 25 janvier 1864, D. P. 1864, 1, 282 (Richaud).

la Cour de cassation a déduit les conséquences logiques de la théorie du mandat en nom propre, en affirmant que « le mandataire lorsqu'il a en son propre nom contracté une obligation, devient le débiteur direct et personnel du créancier ¹ », et doit être en conséquence condamné à exécuter les obligations dérivant de son engagement, sans pouvoir exciper du fait que les objets achetés, en l'espèce des valeurs mobilières, l'ont été pour le compte d'un tiers.

C'est en parfait accord avec ce principe que la Chambre civile de la Cour de cassation, casse la décision des juges du fond qui, pour décider que l'avoué n'avait pas engagé sa responsabilité en enchérissant pour l'adjudicataire, bien qu'ils constatent l'insolvabilité du notaire de ce dernier, se fondent sur ce que l'adjudicataire déclaré n'était que le prête-nom du Sieur D. que les juges du fond déclarent parfaitement solvable. « Attendu, déclare la Cour de cassation ², que l'adjudicataire déclaré, est le seul adjudicataire responsable des suites de l'adjudication, que c'est contre lui seul que la folle enchère peut être et a été poursuivie, que les créanciers ne peuvent s'en prendre qu'à lui, que c'est pour cela que la loi leur assure la garantie de l'avoué. »

Plus récemment la Chambre civile de la Cour de cassation rejeta le pourvoi formé contre un arrêt qui constatant « qu'à la suite de leur accord avec Bloch (mandant) Lespierre et Cie ont sous-traité en leur nom personnel avec Pinto Vasconcellos, » en avait très exactement déduit que les sous-traitants « sont seuls responsables du préjudice... et que cette responsabilité les rend passibles du prorata des surestaries à l'arrivée et en exclut le paiement par (le mandant) ».

« Ces constatations, dit la Cour de cassation ³ sont exclusives ⁴ du mandat prétendu en vertu duquel Lespierre et Cie auraient traité comme représentant de Bloch, qu'il suit de là que Pinto Vasconcellos n'avait pas d'action directe contre celui-ci... »

Lorsqu'au contraire le tiers contractant doit recourir directement contre le mandant, la jurisprudence prend soin de noter que les relations entre ce dernier et le tiers « n'ont donné lieu qu'à des engagements directs et personnels ⁵ ». On n'est plus alors en présence d'une hypothèse de mandat en nom propre, mais bien d'un mandat représentatif et l'action dirigée contre le prétendu prête-nom est justement repoussée.

1. Req. 3 mai 1893. Maillet, D. P. 1893, 1, 567.

2. Civ. Cass. 12 janvier 1891. Pilter. S. 1892, 1, 305, n. Balleydier.

3. Civ. Rej. 12 janvier 1927. S. 1927, 1, 140. Société Pinto Vasconcellos.

4. Nous ne saurions approuver la note sous cet arrêt qui déclare cette formule trop large. Le fait pour le mandataire d'accord avec son mandant de traiter en nom propre, n'exclut pas l'idée de mandat, mais ainsi que le dit expressément la Cour suprême celle « du mandat prétendu », c'est-à-dire en l'espèce du mandat représentatif.

5. Civ. Rej. 18 octobre 1893. Weil et Cie, D. P. 1894, 1, 171.

Ce n'est pas en contradiction avec ces principes que la Cour de Douai, dont la décision a paru surprendre¹, a pu déclarer responsable le banquier, dont un démarcheur agissant en son nom personnel avait par des manœuvres dolosives incité un de ses clients à vendre des fonds d'état pour acheter des valeurs industrielles à revenus problématiques. Sans doute le mandant n'est-il pas de *plano* responsable des actes délictueux ou dolosifs de son mandataire, mais en l'espèce la Cour de Douai a retenu des circonstances de la cause que le démarcheur était un préposé et a fait application de l'article 1384 du C. c.

En déclarant en outre que la banque « ne saurait opposer les recommandations faites à son démarcheur aux tiers qu'elle avait pour but de tromper », la Cour d'Appel dit en substance que la faute dont répond le mandant n'est autre ici que sa propre faute.

Il y a là une pure application d'une doctrine qui reste vraie abstraction faite de toute idée de représentation l'article 1384 en particulier ne reposant pas sur cette idée².

120. — Ces conséquences ne sont pas modifiées lorsque au lieu d'assumer des obligations comme dans les espèces ci-dessus, le mandataire en nom propre doit acquérir des droits pour le compte de son mandant. Encore qu'on ait proposé de distinguer entre les dettes, qui viendraient grever le seul patrimoine du mandataire, et les créances sur lesquelles le mandant aurait un droit direct, la jurisprudence n'a pas cru, du moins à l'égard des tiers, devoir faire la distinction proposée³.

Ainsi que le marque très nettement la Chambre civile dans l'affaire Pinto Vasconcellos l'absence d'action directe du mandant s'impose comme une conséquence nécessaire⁴ des conditions dans lesquelles sont conclus les engagements du mandataire en nom propre à l'égard des tiers. Pour ces derniers le contrat de mandat est *res inter alios acta* et on n'aperçoit pas qu'il y ait de bonnes raisons d'en modifier les effets à leur détriment.

C'est ainsi qu'au cas de vente le mandataire sera seul créancier du prix dû par le tiers acheteur. De même le mandataire acheteur devra transmettre ultérieurement à son mandant le bien acquis par un second acte de transfert⁵.

1. Douai, 30 juillet 1931. Rec. Douai, 1931, 307. V. observations de M. Demogue, *Rev. trim.*, 1932, p. 429.

2. V. cependant Ed. Bertrand. *Th. Aix*, 1935 : « Les aspects nouveaux de la notion de préposé et l'idée de représentation dans l'article 1384, § 5, nouveau C. c. »

3. Lerebourg-Pigeonnière. *Op. cit.*, nos 90 et s.

4. Certaines décisions s'efforcent, afin d'éviter ce résultat, de justifier le recours du tiers contre le mandant en faisant appel à l'action de *in rem verso*. Paris, 8 décembre 1930 (Corhumel), D. P. 1932, 2, 85. Il importe de remarquer qu'alors l'action reconnue aux tiers n'est pas l'action du contrat et que ce faisant la jurisprudence confirme l'absence d'action directe.

5. Sur tous ces points, comp. Lerebourg-Pigeonnière, *op. cit.*, nos 90 et 98 s.

Tel est à nos yeux le principe qui résulte des décisions qui admettent que le paiement fait entre les mains du mandataire est libératoire¹ et qu'en conséquence il peut valablement produire à l'ordre ouvert pour la distribution du prix aux créanciers², et se faire remettre proprio nomine des effets de commerce en recouvrement du prix des marchandises vendues³. C'est la même idée qui a conduit la jurisprudence à admettre qu'en matière de titres au porteur, pour lesquels la théorie de l'incorporation du droit dans le titre permet de réaliser fréquemment un mandat sans représentation, le porteur peut valablement exercer les droits et actions attachés à son titre de créance et notamment consentir une mainlevée d'hypothèque⁴, pratiquer une saisie immobilière⁵, intenter une action en responsabilité aux administrateurs de la Société dont il détient les titres⁶, ou poursuivre le paiement de l'indemnité d'assurance stipulée⁷.

121. — A l'égard des tiers contractants, la créance résultant du contrat conclu avec eux par le mandataire figure si bien dans le seul patrimoine de ce dernier⁸ qu'il faut admettre que la compensation jouera dans leurs rapports, mais bien entendu dans les termes du droit commun. C'est pourquoi loin de voir un argument défavorable à cette opinion, en trouvons-nous la confirmation dans la jurisprudence⁹ qui décide qu'après avoir acheté certaines marchandises dont il a payé le prix, et le marché venant à être résolu avant la livraison, le mandataire en nom propre n'en conserve pas moins personnellement sa créance en restitution du prix sans que le tiers vendeur puisse prétendre compenser sa dette avec sa créance de dommages et intérêts.

Il convient en effet de remarquer que la compensation invoquée

En notre sens, Planiol, Ripert, Savatier, XI, n° 1497, texte et note 6, p. 854 et n° 1506. L'action directe est généralement refusée au commettant dans le contrat commercial de commissoin. Thaller, Percerou, nos 1123, 1142, Lacour et Bouteiron, n° 915. En sens contraire, Lyon-Caen et Renault, III, n° 481, mais l'opinion des savants auteurs n'est appuyée d'aucune décision jurisprudentielle. Cf. la réfutation de l'expression « action directe » employée en la circonstance. Lacour. *Op. cit.*, n° 917.

1. Req., 28 juillet 1869, Roucher, S. 1869, 1, 427.

2. Civ. rej. 22 février 1858, ép. Laluye. D. P. 1858, 1, 116. Caen, 7 mai 1895. Du Rosel de Saint-Germain, D. P. 1897, 2, 201, n. Planiol.

3. Req. 4 novembre 1902. D. P. 1903, 1, 44. Clausse. Rapp. de M. le cons. Denis.

4. Dijon, 22 juillet 1909, D. P. 1910, 2, 70, Benoît.

5. Civ. Rej. 25 avril 1894. Astorg, S. 1895, 1, 230.

6. Req. 28 janvier 1908, 1^{re} espèce Genevet et autres, D. P. 1909, 1, 452.

7. Req. 6 juillet 1931. Société assurances de Bordeaux, S. 1932, 1, 71.

8. En sens contraire le rapport du conseiller Denis sur Req. 4 novembre 1902 précité « que la créance du prix des marchandises vendues ait appartenu à la Société mandante, cela n'est pas douteux ».

9. Colmar, 24 juin 1933, *Rev. jurid. d'Als.-Lor.*, 1934, 181, comp. les observations de M. Demogue dans la *Rev. Trim.*, 1934, 409.

ne pouvait jouer alors que ni le mandataire ni son mandant n'avaient été jusqu'alors condamnés au paiement des dommages et intérêts que le tiers voulait retenir en compensation. Par suite, sa créance n'étant ni certaine, ni exigible, ni liquide, ne répondait pas aux conditions de l'article 1291 du Code civil.

C'est en l'absence également d'une condition essentielle qu'en matière de compensation conventionnelle la Cour de cassation ¹ a décidé que l'armateur, mandataire en nom propre, détenteur d'un avenant au porteur peut requérir le paiement de l'indemnité d'assurance due au chargeur pour perte des marchandises sans que la compagnie d'assurance puisse lui opposer une autre créance en compensation.

Il est vrai que la rédaction défectueuse de l'arrêt pourrait faire illusion. La Chambre des requêtes et la Cour de Paris relèvent dans leurs motifs que l'armateur, « avait, au su des compagnies d'assurances, agi comme mandataire des chargeurs ». C'est avec raison dès lors qu'on a pu écrire que cet arrêt nous met « en présence d'un des cas où la jurisprudence tend à rétablir la vérité dans les rapports entre les contractants et un tiers ² ».

Il ne semble pas toutefois que ce fut là le motif déterminant de l'arrêt. Si telle était la raison, la compensation eût dû au contraire être admise puisque, en tant du moins qu'il s'agissait de compenser la dette d'indemnité avec la créance « de la prime afférente à l'assurance des marchandises mêmes, pour la perte desquelles l'indemnité est due », il est certain que dans cette mesure la créance d'indemnité et la dette des primes étaient l'une et l'autre personnelles au mandant et auraient pu se compenser.

Mais on a vu que la seule connaissance du tiers n'était pas de nature à modifier leurs rapports personnels lorsque d'ailleurs le mandat n'est pas contestable.

Pour justifier le refus de compensation il semble que la Cour de cassation ait été avec plus de raison guidée par cette autre considération qu'à la créance inscrite sur le titre s'opposaient les propres « créances antérieures que les compagnies d'assurances avaient contre la société (mandataire) personnellement ». S'agissant de compensation conventionnelle, il importe de le remarquer, le tiers ne peut prétendre opposer à la demande en paiement une créance qui n'entrerait pas dans les termes de la convention. Or comme en l'espèce et suivant une pratique fréquente, les assureurs avaient uniquement stipulé la compensation de l'indemnité avec l'arriéré éventuel des primes, ils ne pouvaient prétendre opposer une créance née de rapports autres que ceux impliqués par le titre détenu. Aussi admettrions-nous dans cette mesure que la créance des primes, mais celle-là seule, eût été opposable au porteur de l'ave-

1. Req. 6 juillet 1931, Société assurances de Bordeaux, S. 1932, 1, 71.

2. Demogue. *Rev. trim.*, 1932, 477.

nant ¹, alors même que l'assureur connaissait la qualité de mandataire de ce dernier.

Telle est d'ailleurs la solution expressément consacrée en matière d'assurances pour le compte de qui il appartiendra, contractée par une personne agissant en son nom propre au profit d'un bénéficiaire indéterminé auquel seront opposables les exceptions que l'assureur aurait pu opposer au souscripteur ².

Lorsqu'il s'agit de l'acquisition d'un bien, il faudra un acte de transfert ultérieur pour faire passer le bien du patrimoine du mandataire dans celui du mandant. Ce transfert ne sera opposable aux tiers que moyennant l'observation des règles de publicité ³, et donnera lieu à une nouvelle perception du droit de mutation ⁴.

Pour justifier ces différentes solutions la Chambre civile de la Cour de cassation ⁵ observe : « qu'aucun lien de droit ne pouvait se créer entre les parties qui n'ont pas ensemble figuré au contrat et stipulé les unes vis-à-vis des autres, il en résulte qu'une action directe ne saurait exister » au profit de personnes qui restent étrangères les unes aux autres.

122. — Moins abondante paraît être la jurisprudence civile relative aux rapports entre le mandant et le mandataire. C'est qu'entre parties, et sous réserve (mais elle est importante) d'une rétrocession nécessaire ⁶ les effets sont ceux d'un mandat ordinaire.

On notera toutefois qu'aux termes de l'arrêt précité de la Chambre civile de la Cour de cassation en date du 25 janvier 1864, le mandat en nom propre, contrairement à la règle de l'article 2003 du C. c., ne serait pas révoqué de plein droit par la mort du mandant.

Observons en outre que si, comme tout mandataire, celui qui agit en son nom personnel est tenu d'exécuter la mission dont il s'est chargé, les termes de sa mission seraient moins impérieux. Notamment celui qui a reçu mandat d'administrer sous son nom des valeurs industrielles ne serait pas tenu de transférer à son mandant le bénéfice d'une souscription à une émission ultérieure à laquelle, dans le silence du mandant, il a participé personnellement ⁷.

1. Sur les exceptions opposables en matière de titre au porteur, cf. n. Wagner sous Civ. 25 mars 1931, D. P. 1931, 1, 62.

2. Loi du 13 juillet 1930, art. 6, al. 4.

3. V. pour la transcription : Req. 8 novembre 1910, G. P., 6 décembre 1910.

4. Pilon nos 666, 669 et s. Civ. 26 avril 1909, *Rev. Enreg.*, 4, 808. Req. 10 février 1936, D. H. 1936, 162.

5. Civ. Cass. 14 juin 1892. Gautillon, D. P. 1893, 1, 500. Cf. également Civ. Rej. 12 janvier 1927, Pinto Vasconcellos précité.

6. *Contra* : Lerebourg-Pigeonnière, *op. loc. cit.* Mais voir la jurisprudence citée notes 3 et 4 ci-dessus.

7. Req. 12 juillet 1880. Arnous Rivière, S. 1882, 1, 161. V. n. de M. Esmein au S. 1925, 2, 57.

Par contre le mandant à moins d'une faute ¹, doit désintéresser le mandataire qui dispose contre lui de l'action *mandati contraria* pour se faire garantir contre l'exécution de l'obligation contractée pour son compte avant même que cette obligation fût exigible contre le mandataire ².

123. — Mais c'est sans doute au cas de faillite du mandataire que le mandat non représentatif produit ses effets les plus originaux.

L'article 575, alinéa 1 du C. de com. dispose en effet que « pourront être revendiquées, aussi longtemps qu'elles existeront en nature, les marchandises consignées au failli... pour être vendues pour le compte du propriétaire ». Faisant application courante de ce texte à la faillite du commissionnaire ³, la jurisprudence l'applique également au cas de faillite du mandataire en nom propre. Le mandant échappera dès lors au concours des autres créanciers en exerçant soit la revendication en nature ⁴, soit par application de l'alinéa 2 du même texte, la revendication des effets souscrits par le tiers à l'ordre du mandataire en paiement des marchandises ⁵.

B. — ÉLABORATION DOCTRINALE DE LA THÉORIE DU MANDAT EN NOM PROPRE

124. — Ces effets propres au mandat proprio nomine ne pouvaient manquer de susciter l'attention de la doctrine. La Cour de cassation en effet dans un premier essai de qualification déclare que la convention de prête-nom entendue au sens du mandat proprio nomine constitue un contrat « sui generis » ⁶.

Mais cette déclaration de principe ne se retrouve plus dans ses arrêts postérieurs qui se bornent à préciser les effets de cette convention.

1. Argument de Req. 26 décembre 1922. Seligman, S. 1923, 1, 338, qui décide qu'au cas de résolution de la vente consentie par le mandataire, celui-ci ne peut se faire rembourser la fraction du prix versé par lui au mandant, car « il n'établit pas qu'il ait résisté à la réclamation (du tiers) et que celui-ci ait obtenu de la justice l'annulation de la vente ».

2. Civ. Req. 8 mai 1872. Leprestre, D. P. 1872, 1, 348. Ce qui impliquerait que l'obligation puisse être soumise à des conditions différentes dans les rapports du mandataire, soit avec le tiers contractant, soit avec son mandant. Cf. néanmoins, Civ. Req. 8 juillet 1931 (6^e esp.), D. P. 1931, 1, 137, n. R. Savatier, qui décide que le commissionnaire acheteur est à bon droit condamné à payer à son vendeur le montant, au cours du dollar, d'un marché conclu en France et entre contractants français, mais pour le compte d'un acheteur étranger, sans pouvoir se prévaloir des lois monétaires internes.

3. Cf. Percerou. *Faillites et banqueroutes*, t. II, nos 996 et s.

4. Req. 20 décembre 1876, D. P. 1878, 1, 430, Van der Zée.

5. Arg. de Req. 4 novembre 1902, D. P. 1903, 1, 44 et le rapport de M. le conseiller Denis qui, pour refuser en l'espèce la revendication au mandant se fonde sur « sa négligence et son incurie », Paris, 3 novembre 1928, D. P. 1930, 2, 193, n. Chéron. Percerou, D. P. 1909, 1, 5. Chéron, D. P. 1914, 1, 305.

6. Civ. Req. 25 janvier 1864, précité.

Il appartenait dès lors à la doctrine d'indiquer le moule juridique qui convenait aux effets ainsi dégagés. L'unanimité n'est pas faite. Alors qu'une fraction importante de celle-ci déclare que le mandat prête-nom n'est autre chose qu'un mandat dissimulé¹, de bonne heure d'autres auteurs s'élevaient contre tout recours à la notion de simulation qu'ils considéraient comme inutile et dangereuse². Avec cette dernière conception qui nous paraît d'ailleurs gagner du terrain dans la doctrine la plus récente³, nous ne pensons pas que l'analyse du mandat en nom propre en un mandat dissimulé, auquel on réserve la qualification de mandat prête-nom, soit de nature à rendre compte de la jurisprudence précédemment rapportée⁴.

Si on admet que la représentation n'est pas de l'essence du mandat, nous ne pensons pas que l'on puisse sans forcer le sens des mots parler de simulation lorsqu'il est convenu que le mandataire agira en son propre nom, mais pour le compte de son mandant. Il faudrait pour cela que l'on retrouve ici comme ailleurs les traits distinctifs de la simulation. Or il n'en est rien, tout au moins lorsqu'il n'est pas contestable qu'un mandat est intervenu entre les parties. On ne retrouve pas dans une telle convention un acte ostensible volontairement différent d'un acte dissimulé qui seul, correspondrait à la volonté réelle des parties.

Il faut en effet ainsi que nous nous y sommes efforcés, opérer une sélection parmi les espèces de la jurisprudence.

Nous avons déjà signalé l'emploi qui est fait de l'expression amphibologique de prête-nom. Aussi ne pouvons-nous dans cette partie de notre travail faire état que des seules décisions qui constatent un mandat certain⁵ puisqu'il s'agit de savoir si ce mandat peut être dit « dissimulé ». C'est une question différente que nous aborderons sous peu que de savoir si le titulaire fictif d'un droit — qualifié également de prête-nom — est un mandataire en nom propre. La controverse porte dans ce dernier cas sur l'existence même de ce mandat, alors qu'il n'est question ici que d'expliquer

1. Parmi la littérature abondante sur ce sujet. Cf. en dernier lieu : A. Jack, n. au S. 1935, 1, 137, et la bibliographie citée.

2. Cette conception a été développée dans la thèse aujourd'hui classique de M. Lerebourg-Pigeonnière notamment nos 21 et s., 53, 79 et s., *op. cit.*

3. Esmein in Planiol et Ripert, t. VI, n. 3, p. 461. Jossierand, II, qui étudie séparément le mandat *proprio nomine*, n° 1433 et la convention de prête-nom, n° 1434. Baudry et Barde, IV, n° 2390. Cf. cependant Savatier in Planiol et Ripert, XI, n° 1504.

4. La théorie de la simulation qui était expressément invoquée par le pourvoi a été rejetée par Civ. 25 janvier 1864. Richaud précité. Cf. également la réfutation qu'en a faite la Cour de Douai dans son arrêt du 15 février 1876 confirmé par Req. 20 décembre 1876. Van der Zée, D. P. 1878, 1, 430.

5. V. en particulier Caen, 7 mai 1895 précité, D. P. 1897, 2, 201, n. Planiol où le mandataire avouait sa qualité et où par suite l'existence du mandat *proprio nomine* ne pouvait être douteuse.

les effets d'un mandat dont l'existence est certaine. La question ainsi délimitée, est-il certain que ce soit « un fait d'évidence que l'accord existant entre le maître et le prête-nom est dissimulé aux tiers et que la situation apparente... n'est pas la situation véritable ¹ ».

125. — Nous pensons au contraire qu'une vue exacte de l'intention des parties doit conduire à une affirmation différente. On ne peut dire qu'en agissant sous son nom personnel le mandataire agisse en apparence c'est-à-dire accomplisse un acte, ce qui est le critère de l'acte simulé, qui ne corresponde pas à la volonté réelle des parties. C'est oublier, et c'est pourquoi nous avons tenu à le souligner à plusieurs reprises, que cet acte lui a été rendu possible par la convention intervenue. Or c'est précisément parce que cette convention de mandat *proprio nomine* lui a donné pouvoir d'agir sous son nom personnel que ce faisant il exécute un mandat très réel ². Dès lors la situation dite apparente est parfaitement conforme à l'intention des parties. Elle ne diffère d'ailleurs en rien de ce qu'elle est *inter partes* puisque nous avons vu qu'il faudra un acte postérieur de transfert du mandataire au mandant. Il n'y aurait au contraire désaccord que si l'on admettait que la représentation jouera dans les rapports du mandataire et du mandant ³, ce qui par hypothèse est exclu puisqu'il s'agit d'un « mandat sans représentation ».

Il y a à notre sens dans la notion de dissimulation utilisée ici, une confusion que nous avons déjà relevée en d'autres matières entre un acte dissimulé et un acte simplement occulte qu'aucune règle n'astreint les parties à rendre public. Or il en est ainsi des pouvoirs du mandataire puisqu'il est admis que c'est aux tiers qu'il appartient de se renseigner sur les pouvoirs du mandataire ⁴.

126. — On ne voit pas au surplus, encore que la jurisprudence y fasse souvent allusion dans les motifs de ses décisions, quel pourrait être l'effet de la connaissance du tiers dans ses rapports avec le mandant. En supposant que le cocontractant du mandataire ait pris connaissance de ses pouvoirs, nous ne pensons pas qu'il puisse par ce seul fait, y avoir représentation. En quoi cette connaissance modifierait-elle ses obligations ou ses droits ? Sachant qu'il traite avec un mandataire, il sait également qu'il traite avec

1. A. Jack, n. précitée.

2. Qui serait d'ailleurs illicite s'il avait par exemple, pour objet de tourner la règle qui interdit au notaire d'instrumenter dans les actes auxquels il est intéressé. V. Req. 11 mars 1890, D. P. 1893, 1, 369, n. R. Beudant.

3. En ce sens M. Lerebourg-Pigeonnière qui a soutenu que cette représentation jouait mais seulement quant aux créances. Cet auteur reconnaît ne pas être suivi (n° 90, *op. cit.*) et repousse d'ailleurs toute notion de simulation (nos 21 et s., 79 et s.)

4. Civ. Cass. 22 mars 1921, D. P. 1924, 1, 194.

un mandataire en nom propre c'est-à-dire avec une personne qui n'a pas pouvoir de représenter et puisqu'en connaissance de cause, il a accepté de s'engager avec elle il doit accepter les suites de son engagement. On ne saurait assimiler la volonté unilatérale de se lier envers le mandant à la « *contemplatio domini* » indispensable pour qu'il y ait représentation ; celle-ci requiert avant tout la volonté du représentant ¹, qui par hypothèse fait défaut en l'espèce.

Cette simple connaissance du tiers ne saurait davantage le faire assimiler au tiers de mauvaise foi auquel la jurisprudence refuse l'action en déclaration de simulation. Cette conception, qui aurait l'inconvénient de faire dépendre la solution d'un élément psychologique, laisserait en outre supposer que l'acte n'est pas conforme au fond du droit ce qui n'est pas, nous l'avons vu. D'autre part cette considération serait inopérante au cas de contrat de commission, hypothèse fréquente de mandat *proprio nomine* ². Or nul n'ignore en traitant avec un commissionnaire qui opère sous son nom personnel que celui-ci agit pour le compte d'un commettant. Aussi la Chambre civile de la Cour de cassation censure-t-elle l'arrêt qui décide que la banque, tiers porteur d'un chèque documentaire escompté à un commissionnaire « n'est pas un tiers porteur de bonne foi puisqu'elle savait que la marchandise représentée par les connaissements endossés à son ordre était la propriété non pas de l'endosseur (commissionnaire) mais du (commettant) ».

« Le commissionnaire, dit la Cour de cassation ³, autorisé par son commettant à agir en son propre nom est, par cela même investi du droit de disposer des choses dont le commettant lui a donné la possession ⁴, sans que les tiers aient à rechercher s'il en dispose conformément aux intentions du commettant. »

127. — Ce rapide examen du mandat *proprio nomine* nous a paru nécessaire pour rendre compte d'un premier aspect possible de l'interposition de personnes.

Tenant à des situations de droit essentiellement différentes cette

1. Pilon, *op. cit.*, n° 86 et s. Demogue, I, nos 98, 99.

2. Balleydier, n. au S. 1892, 1, 305. « Le commissionnaire..., qui, d'après la définition de l'article 94 du C. de com. est en somme un prête-nom. »

3. Civ. Cas. 29 décembre 1930. Banque Marmorosch et Cie, D. H. 1931, 83.

4. Sans qu'il soit nécessaire que l'intermédiaire acquiert un droit de propriété sur ces biens. Aussi le Conseil d'État décide-t-il au cas de mandat de vendre, que le commissionnaire ne devenant pas propriétaire des marchandises à vendre n'est redevable de l'impôt sur le chiffre d'affaires que sur le montant de ses commissions et non sur le prix de vente. C. E. 22 mai 1931. Mauvy Louette, D. P. 1933, 3, 13, n. P. B.

La notion de pouvoir expliquerait qu'une personne puisse valablement accomplir sur le patrimoine d'autrui des actes juridiques et matériels. V. notamment pour le représentant : Demogue, I, nos 101 et 150, § II, p. 243. Sur cette notion de pouvoir et d'un point de vue plus général, v. l'étude de A. Nattini : « *Negozio Autorizzativo* », *Riv. Dir. Com.*, 1912, 1, 485.

première acception doit également être marquée dans le vocabulaire. Nous constatons d'ailleurs dans les arrêts les plus récents une tendance assez nette à substituer les termes de mandat en nom propre à ceux de prête-nom pour des situations analogues ¹. Le mandataire *proprio nomine* comme le commissionnaire intervient réellement dans la conclusion des actes qu'il fait pour le compte de son commettant. Son interposition est même nécessaire puisque sans elle le mandant ne pourrait contracter. On dit alors, pour exprimer les effets produits par le mandat *proprio nomine*, qu'il y a dans ce cas « représentation indirecte ou médiate ² ». Comme au cas de stipulation pour autrui il y a au point de vue des effets une sorte de représentation indirecte des intérêts d'autrui sans cependant qu'on puisse dire qu'il y ait véritablement stipulation pour autrui. A la différence de ce qui se passe pour cette dernière, le stipulant a été ici préalablement autorisé et ce pouvoir constitue un mandat. En outre aucune désignation expresse du bénéficiaire n'est faite au promettant alors que celle-ci est nécessaire pour la mise en jeu de l'article 1121 C. c. Il suffit d'ailleurs à l'objet de notre travail que l'on voit en l'espèce un contrat *sui generis*, une stipulation pour autrui ou une gestion d'affaires pour que l'on admette implicitement une volonté sérieuse à la base de ces rapports et que l'on repousse nécessairement par là toute idée de simulation. Car nous allons voir au contraire dans les hypothèses où il y a simulation que ce sont des principes différents qui doivent régir les rapports respectifs des divers intéressés.

§ 2. — *La convention de prête-nom au sens de mandat dissimulé est-elle un mandat proprio nomine ?*

128. — A côté des hypothèses de représentation indirecte, il est possible de relever une autre application de la convention de prête-nom.

Dans cette autre acception, qui est admise par une doctrine considérable, « La convention de prête-nom est un mandat dans lequel il est convenu que le mandataire dissimulera sa qualité au regard des tiers et se présentera comme agissant en son propre-nom ³.

C'est à cette seule hypothèse que doit être à notre sens réservée avec exactitude l'expression de « prête-nom. »

1. Comp. à cet égard : Req. 6 juillet 1931 (Sociétés d'assurances de Bordeaux). Civ. Rej. 12 janvier 1927 (Pinto Vasconcellos) et Req. 4 décembre 1902 (Clausse) précités où s'agissant au fond d'opérations d'un commissionnaire, la Cour de Cassation qualifiait cependant celui-ci de prête-nom.

2. Planiol, Ripert et Cassin. *Op. cit.*, VI, p. 73, n. 2. Demogue, I, p. 176 et VII, n° 721. Pilon, *op. cit.*, n°s 13 et s. Cf. Scaduto « Rappresentanza mediata nell'acquisto dei diritti », *Riv. Dir. Com.*, 1925, I, 525. Graziani. « Cessione dei crediti », *Riv. Dir. Com.*, 1931, I, 278.

3. Savatier in Planiol et Ripert, XI, n° 1504 ; en même sens Aubry et Rau, VI, § 410 texte et notes 9 *ter* et s.

Alors seulement on peut dire que l'intermédiaire prête son nom. En se présentant comme investi d'une qualité qu'il sait ne pas avoir, et qu'il a été convenu avec le mandant qu'il n'aurait jamais, les parties concluent un acte simulé. Ici encore le caractère conventionnel de la simulation n'est pas douteux, puisqu'il ressort de la définition qu'on en donne, que la fausse qualité a été prise par le mandataire après accord avec son mandant.

Il y a dans ce cas simulation de qualité ¹, ou simulation combinée portant à la fois sur la qualité en vertu de laquelle l'acte est conclu vis-à-vis du tiers et par une conséquence nécessaire de celle-ci, simulation portant sur les parties à cet acte.

129. — Il est vrai que la qualité de partie à l'acte conclu par le mandataire, admise au cas de représentation indirecte ², dépendra du caractère que l'on reconnaîtra ici au mandat intervenu entre les parties.

Une doctrine récente déclare que le prête-nom étant « un mandat dissimulé où le mandataire agit en son propre nom... le maître ne se trouvera pas représenté par le prête-nom » et que « cette idée de mandat sans représentation commande toute la réglementation à appliquer dans les rapports du prête-nom et du mandant ³. » C'est le second terme de cette proposition que l'examen des arrêts ne nous paraît nullement commander. Cette explication ne peut surtout convenir, nous semble-t-il, aux rapports du mandant et du prête-nom et nous ne pensons pas qu'il soit nécessaire de recourir à la notion de mandat sans représentation pour expliquer les effets de cette convention à l'égard des tiers.

A la différence du mandataire *proprio nomine* qui agit en plein accord avec les pouvoirs qui lui ont été conférés, le prête-nom ne se contente pas de se taire, il affirme une qualité qu'il n'a pas. En se présentant comme titulaire du droit objet de la transaction intervenue avec le tiers, il a pris fictivement une qualité qui n'était pas la sienne. Cette qualité simulée est constatée par une contre-lettre qui sera ici la convention intervenue entre le mandant et le mandataire. Or aux termes de celle-ci l'intermédiaire est bien autorisé à agir en son nom personnel, mais ce pouvoir purement fictif n'est donné que pour abuser les tiers car la même convention reconnaît que la volonté réelle des parties a été que le prête-nom ne soit qu'un mandataire de droit commun ⁴. Puisqu'en pareille

1. *Sic* : Civ. Rej. 7 janvier 1935. Hallé et Morton D. H. 1935, 131.

2. Lerebourg-Pigeonnière. *Op. cit.*, nos 16 et s. Cf. *supra*, n° 119 et s.

3. M^{lle} Jack, n. S. 1935, 1, 137, en même sens Savatier, *op. cit.*, n° 1506, p. 867. Comp. Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*

4. L'hypothèse inverse serait possible dans laquelle une personne réellement propriétaire d'un bien se présenterait au tiers acquéreur comme mandataire du vendeur, précédent propriétaire du même bien. Surtout utilisée par les agents

hypothèse nous retrouvons les éléments essentiels de toute simulation, nous serons amenés à constater que l'interposition du mandataire est ici fictive¹, et que les actes du prête-nom réagiront directement sur le patrimoine du mandant. C'est là une première différence avec la représentation indirecte. Mais en outre, et parce qu'il y a simulation, les tiers de bonne foi qui se seront fiés à la qualité fictive prise par le prête-nom devraient pouvoir exercer l'option que leur ouvre l'article 1321. Nous admettrons donc, et c'est une nouvelle différence avec le véritable mandat *proprio nomine*, que seuls les tiers de mauvaise foi pourront se voir opposer la contre-lettre, c'est-à-dire être exposés à l'action directe du mandant.

Dans quelle mesure la jurisprudence consacre-t-elle ces solutions ? C'est ce que le rapprochement avec les espèces précédentes fera ressortir. Peut-être alors apercevra-t-on plus distinctement la différence qui au point de vue juridique sépare des situations que la langue courante tendait à assimiler. A ces effets différents nous pourrions attribuer une cause différente.

130. — Alors que dans les hypothèses véritables de représentation indirecte on admet que le mandant ne pourra disposer qu'après reddition de comptes du mandataire, la jurisprudence en soulignant le caractère fictif du prête-nom déclare au contraire que le mandant dissimulé devient directement et immédiatement propriétaire des valeurs mobilières achetées sur son ordre par le prête-nom².

D'autre part nous avons vu qu'en admettant que la connaissance par le tiers de la qualité du mandataire en nom propre puisse en elle-même donner naissance à représentation, encore faut-il que le tiers ait effectivement connu cette qualité³. Au contraire nous ne pouvons omettre de souligner la différence qui ressort des espèces où la jurisprudence décide que le maître sera obligé par les actes de son prête-nom alors même que le tiers ignorait la situation.

d'affaires en vue d'éviter le paiement de deux droits de mutation, elle rencontre un obstacle sérieux dans l'art. 39, n° 3, al. 2 de la loi du 13 juillet 1925 qui a prescrit l'enregistrement dans les dix jours de leur date « de tous mandats et d'une manière générale de tous actes se rattachant à la profession d'intermédiaire ».

1. La simulation tombant ici sur la qualité d'intermédiaire il est évident que le caractère conventionnel de la simulation n'exige pas la participation du tiers. Seul est requis le consentement des parties à la convention, en l'espèce à la convention de mandat. Pour une acception différente de l'interposition fictive, cf. *infra*. Section II.

2. Req. 20 janvier 1903. D. P. 1903, 1, 205. Vve Marty c/Eustache. Il est intéressant de rapprocher de cette solution propre au mandat dissimulé, celle de Civ. Cass. 4 janvier 1933. D. H. 1933, 131 qui décide qu'au cas d'achat par personne interposée le vendeur est tenu de l'obligation de garantie à l'égard du véritable acquéreur.

3. Lorsque les arrêts cités au § précédent tiennent compte de cette circonstance, ils ne manquent pas de la relever. Cf. entre autre Req., 6 juillet 1931. S. 1932, 1, 71.

C'est ainsi que la Cour de cassation déclare le maître tenu dès le 5 décembre par l'acquiescement à un jugement donné par son prête-nom à la suite d'une transaction encore que l'acceptation du tiers ne fût donnée que le 16 décembre, c'est-à-dire à une date où le maître lui avait révélé par un acte du 9 décembre la qualité du prête-nom. Indépendamment du problème particulier soulevé en l'espèce ¹ relatif à l'effet obligatoire de l'offre avec délai exprès, nous devons en retenir que l'offre du prête-nom oblige le maître *ab initio* et indépendamment de toute connaissance, de toute mauvaise foi, du tiers contractant.

Que les droits et obligations acquis par l'intermédiaire du prête-nom figurent dans le seul patrimoine du maître et cela à la différence des hypothèses de représentation indirecte, avant toute reddition de compte, nous en voulons encore pour preuve les différences que nous relevons dans les solutions suivantes.

Le mandataire en nom propre peut valablement recouvrer le prix des marchandises vendues pour le compte de son commettant à l'aide de traites souscrites à son ordre. Si le mandataire doit ensuite, lors de la reddition de compte, céder ces traites à son mandant ², le débiteur du prix ne pourrait toutefois en refuser le paiement à ce dernier devenu tiers porteur par voie d'endossement.

Au contraire le porteur apparent reste passible des exceptions opposables au tireur lorsque malgré un endossement conforme à l'article 137 du C. de com., il n'est en réalité qu'un mandataire simplement chargé d'effectuer l'encaissement d'une lettre de change ³.

1. Req. 30 janvier 1934. Martinez. S. 1935, 1, 137, n. de M^{lle} Jack. En réalité cet arrêt statue sur le droit d'intervention en cause d'appel du mandant dissimulé. Mais pour lui refuser ce droit d'intervention, il faut bien admettre que l'engagement du prête-nom l'obligeait dès sa formation, c'est-à-dire à une époque où la *contemplatio domini* n'existait pas.

2. En ce sens, cf. le rapport de M. le cons. Denis sous Req. 4 novembre 1902, D. P. 1903, 1, 44 précité. Mais en admettant avec le rapporteur que le prête-nom commit un abus à l'égard de son mandant en cédant ces effets à un tiers, il reste à savoir si cette faute ne doit pas donner ouverture, en faveur du mandant, à une action en réparation contre son mandataire et non pas lui permettre ainsi que l'admit la Chambre des requêtes, de substituer à cette action personnelle une action en revendication des effets entre les mains du tiers porteur, action en revendication dont la Cour fait dépendre le succès de la bonne ou mauvaise foi du tiers. On saisit ici sur le vif l'influence de la notion de simulation, dans une espèce où nous l'avons déjà signalé (n. 1, p. 159), il s'agit de véritables opérations de commission c'est-à-dire de mandat sans représentation. Depuis lors, la Cour de cassation a d'ailleurs admis le pouvoir de libre disposition du commissionnaire (Civ. Cass. 29 décembre 1930, D. H. 1931, 83, précité). La solution admise au texte n'est contredite ni par les termes du rapport, ni par ceux de l'arrêt de 1902 ; on lit, en effet, au premier que « l'abus de pouvoir qu'il (le mandataire) a commis n'a pas commencé dans le fait de s'être fait remettre les traites « *proprio nomine* », et l'arrêt répète « qu'il avait pu créer les traites litigieuses et que s'il en avait ensuite abusivement disposé... », ce qui implique que le mandant en serait devenu porteur légitime si le mandataire n'avait pas commis l'abus de pouvoir qu'on lui reprochait.

3. Civ. cass. 18 juin 1927, D. H. 1927, 465. Req. 12 février 1906, *An. de Dr. Com.*, 1906, 2, 413. Comp. cependant pour un endossement pignoratif réalisé par simple signature. Civ. Rej. 13 mars 1933, D. H. 1933, 252.

Ces quelques solutions intervenues pour la plupart ¹ dans les rapports des parties avec les tiers, n'en restent pas moins intéressantes pour nous permettre de qualifier les rapports des parties entre elles. « L'acte fait sans fraude peut produire au profit de la personne (dissimulée) les mêmes effets que si cette personne habile à s'engager avait directement contracté », déclare la Cour de cassation dans une espèce où, bien que parlant à tort d'« incapacité » elle eût admis la subrogation conventionnelle, dans les droits acquis par le prête-nom, au profit du mandant si les conditions de fond de la subrogation avaient été réunies ². Il nous semble dès lors permis d'affirmer que les rapports du mandant et du prête-nom seront ceux d'un mandat ordinaire, c'est-à-dire d'un mandat représentatif.

131. — Il suffit pour s'en convaincre d'analyser les rapports du tireur de la lettre de change et de son mandataire chargé de l'encaissement ³.

En déclarant que le porteur reste soumis aux exceptions qui étaient opposables au tireur, la Chambre civile de la Cour de cassation reconnaît que la provision, c'est-à-dire la créance du tireur sur le tiré n'est pas sortie du patrimoine du mandant. Le mandataire est sans doute porteur du titre, il n'est pas pour autant et en toute hypothèse devenu propriétaire de la créance ⁴. « La propriété de la provision est transmise de droit aux porteurs successifs de la lettre de change », dit l'article 116 du C. de com. Toutefois lorsque l'endossement est donné en vue de l'encaissement, le porteur

1. Req. 20 janvier 1903 précité statue inter partes.

2. Req. 9 janvier 1899, D. P. 1899, 1, 297, n. T. P. (Dononc sous Comptoir des Entrepreneurs). Le texte de l'arrêt rapporté au Dalloz porte en réalité « personne interposée », mais il faut de toute évidence lire « personne dissimulée » puisque c'est au profit de celle-ci que la Cour recherche si l'interposition a pu faire obstacle à la subrogation. Pour une hypothèse de subrogation légale, v. Civ. cass. 21 juin 1897, D. P. 1897, 1, 557, intervenu entre les mêmes parties.

3. L'hypothèse est différente de celle où la créance cambiaire elle-même est fictive. Il y a alors « effet de complaisance ». V. *infra*, chap. III. Seul ici le caractère translatif de la cession d'une créance réelle est fictif, puisqu'il tend en réalité à dissimuler un mandat. Il s'agit de rétablir la véritable cause de l'endossement. La preuve en incombe au défendeur. Req. 19 janvier 1933, S. 1934, 1, 88, fait au contraire retomber le fardeau de la preuve sur le porteur, mais, nous semble-t-il, par une confusion entre la « provision » qui est, dit-on, la cause de la création de la traite et dont l'absence n'est opposable au porteur que s'il est de mauvaise foi, ce que ne précise par l'arrêt, et la « valeur fournie » qui serait la cause de l'endossement. Alors que dans la doctrine de la Chambre Civile l'absence de valeur fournie n'empêche pas le porteur de poursuivre le recouvrement.

4. En autorisant l'endossement par simple signature la loi du 8 février 1922, modifiant l'art. 137 du C. de com. n'a fait que renverser la présomption antérieurement attachée aux endossements en blanc. L'endossement par simple signature est présumé fait en pleine propriété. Mais cette présomption est susceptible de preuve contraire. Telle est en fait, la portée exacte de Civ. cas. 18 juin 1927 encore qu'il paraisse reprocher à l'arrêt attaqué d'avoir déclaré que la provision n'a pas cessé d'appartenir au tireur. Ce n'est pas là le véritable motif de cassation.

n'acquiert pas ce droit direct et distinct que le législateur a qualifié de « propriété » et qui caractérise l'endossement translatif. Or si le droit du mandataire est soumis ici aux mêmes causes d'extinction que celui de l'endosseur, c'est parce qu'il n'est autre que celui-là même qu'a eu jusqu'alors ce dernier. L'endossement à titre de mandat n'a pas purgé les exceptions opposables au porteur précédent et transformé en un droit nouveau et plus sûr les attributs de celui qui détient la lettre de change en vertu d'un endossement translatif. Dès lors on doit reconnaître que lorsque l'endossement par simple signature ne recouvrait qu'un endossement à titre de procuration, le porteur n'est qu'un représentant ou mandataire agissant *utendo jure*¹. Alors que dans l'hypothèse d'un endossement translatif, « l'endossataire du titre à ordre a un droit né en sa personne contre le signataire du titre² ». L'arrêt précité de 1927 déclare au contraire qu'il est « aux lieu et place du tireur » lorsqu'il était seulement chargé de l'encaissement.

132. — Cette conception n'est-elle pas d'ailleurs en tous points conforme à l'intention réelle des parties ? Lorsqu'il est établi que l'endosseur n'a entendu conférer au porteur que le pouvoir d'encaisser³, on ajoute arbitrairement à l'intention des parties en qualifiant celui-ci de mandataire en nom propre. On autoriserait par là le porteur à disposer de la créance, ce que précisément lui interdit son mandat dissimulé.

Au surplus si, comme l'admettent d'ailleurs les auteurs, il y a bien dissimulation, on ne voit pas pourquoi les parties dissimuleraient un mandat en nom propre. Ayant par hypothèse quelque chose à cacher, il est vraisemblable qu'elles entendent que leurs rapports soient différents de ce qu'ils paraissent être. Ici, où la

1. En ce sens et sur les conséquences spéciales à la matière, cf. Thaller et Percerou, nos 1486 et s.

2. Civ. Cas. 1^{er} juillet 1931, D. P. 1932, 2, 12 n. J.-Ch. Laurent.

3. Cette réserve est importante car l'endossement peut servir à réaliser un mandat en nom propre qui, sans transférer la propriété de la créance, conférerait le pouvoir d'en disposer. La doctrine italienne distingue alors la propriété formelle ou légitimation qui est transmise au porteur et la « propriété matérielle » de la créance qui demeure au mandant. Cf. Vivante : *Traité de droit commercial*, trad. Escarra, III, nos 1126, 1148. Bonelli : *Cambiale*, p. 246 et s. et en dernier lieu Berto Bracco, « *La legge uniforme sulla cambiale* ». Cedam, Padoue, ed. 1935, dans la collection des *Etudes de Droit Privé italien et étranger*, dirigée par Mario Rotondi, vol. XII de la collection qui, à propos de la « loi uniforme sur la lettre de change et le billet à ordre » signée à Genève le 7 juin 1930, a consacré de larges développements à la question. Cf. en particulier, chap. III et IV, nos 73 et 77.

La nature même de la lettre de change que l'endossement par simple signature transforme en un titre au porteur rend ici particulièrement difficile la distinction du mandat dissimulé et du mandat sans représentation. A notre sens l'interprétation favorable au mandat *proprio nomine* doit prévaloir comme étant plus conforme à la fonction de la lettre de change et ne céder qu'en présence de deux conventions dont l'une ne correspondant pas à l'intention des parties est caractéristique de toute simulation.

simulation porte sur la qualité du prête-nom, l'intention réelle des parties a été que le prête-nom qui se donnerait comme titulaire d'un droit, ne soit à l'égard de son mandant qu'un simple représentant. Si on admet d'ailleurs que la dissimulation ne porte pas sur le fait de la représentation il n'y a plus simulation puisque la qualité du prête-nom reste identique tant à l'égard de son mandant qu'à l'égard des tiers. Mais alors à notre sens il ne s'agit plus de la convention de prête-nom au sens classique du terme mais bien d'une hypothèse de représentation indirecte où nous avons effectivement admis que la qualité de l'intermédiaire était « véridique jusque dans les rapports du prête-nom et du maître ¹ ».

133. — Est-ce à dire d'ailleurs que parce que les parties ont voulu cette représentation, celle-ci se produira nécessairement ? A l'inverse est-ce qu'à l'égard des tiers la convention de prête-nom sera toujours un mandat en nom propre dont les effets se produiront en la personne du mandataire ?

La réponse à cette question ne peut être catégorique. Du moins pour y répondre la jurisprudence a-t-elle dû reprendre ici la distinction que nous connaissons déjà.

Lorsque les tiers sont de mauvaise foi, et l'on entend par là ceux qui connaissaient la qualité fictive du prête-nom, il y aura représentation, en ce sens du moins qu'ils resteront exposés à l'action « directe » du *verus dominus*. A leur égard ce dernier pourra se prévaloir de la contre-lettre établissant sa véritable qualité ².

Les solutions admises à l'égard des tiers de bonne foi sont encore plus typiques. Ceux-ci peuvent en effet s'en tenir à la qualité qui conférerait au prête-nom la maîtrise apparente des droits dont il a disposé pour faire déclarer inopposable à leur égard la nullité qui peut atteindre l'acte ainsi passé par le prête-nom.

C'est ce que la jurisprudence a décidé à plusieurs reprises, pour les hypothèques conventionnelles ³ ou légales ⁴ ainsi que pour les aliénations d'immeubles ⁵ consenties par le prête-nom pour le

1. Lerebourg-Pigeonnière, t. n. préc. p. 183.

2. Req. 4 juillet 1922, S. 1924, 1, 286. Clerc c/ép. Papin-Dupont. Civ. rej. 9 février 1848. Charlet c/Bourgoin, D. P. 1848, 1, 97, rapp. Req. 5 janvier 1927 D. H. 1927, 66, qui décide que l'acquisition d'un immeuble vendu par le prête-nom d'une congrégation dissoute, lorsque cette acquisition est faite postérieurement à la dissolution, ne peut constituer le juste titre utile à l'usucapion. Le tiers acquéreur ne peut prétendre avoir ignoré la loi ordonnant la dissolution et le caractère illicite des mesures tendant à soustraire les biens à la dévolution légale déterminée par les articles 17 et 9 de la loi du 1^{er} juillet 1901.

3. Req. 20 juillet 1910, D. P. 1910, 1, 392.

4. Limoges, 14 octobre 1910. D. P. 1911, 2, 393, n. Magnol sur l'hypothèque légale de la femme du prête-nom.

5. Nîmes, 16 mai 1927, D. P. 1929, 2, 88, n. Gabolde. On peut rapprocher cette jurisprudence des solutions admises par la Cour de cassation et relatives aux actes passés par les prête-noms des congrégations. Validité des actes antérieurs à la dissolution. Cf. pour les actes d'aliénations. Req. 8 juillet 1909, D.

compte d'un tiers. Nous avons vu précédemment que la transaction *consentie* par le prête-nom est inattaquable par le maître ¹.

Bien qu'à notre connaissance la Cour Suprême n'ait pas eu à connaître sur ce point d'une hypothèse véritable de prête-nom, il est vraisemblable puisqu'elle affirme le principe de l'opposabilité des contre-lettres aux créanciers représentés par le syndic ², qu'elle refuserait au mandant en cas de faillite du prête-nom la revendication des marchandises dont il serait détenteur. Nous l'avons vu par contre accorder l'action en revendication de l'article 575 du C. de com. en cas de représentation indirecte. Enfin le mari qui s'est rendu acquéreur d'un immeuble au cours de la communauté ne peut prétendre avoir agi comme prête-nom de son père et la femme est admise à exercer ses reprises sur cet immeuble apparemment tombé en communauté ³.

Mais d'autre part à la différence du véritable mandat *proprio nomine* les tiers de bonne foi peuvent, précisément parce que sous la situation apparente se dissimule une situation différente, invoquer le bénéfice de la contre-lettre, c'est-à-dire de la situation réelle.

Ainsi le débiteur pourra opposer au cessionnaire fictif de la créance la compensation qu'il aurait pu opposer au cédant, son créancier véritable ⁴. La Chambre civile de la Cour de cassation décide notamment que la femme commune en biens est en droit de démontrer que l'immeuble acheté par un prête-nom du mari, l'a été en réalité par celui-ci, lorsque cette « collusion est de nature à compromettre éventuellement les droits de la femme légitime sur le patrimoine commun » ⁵.

En présence de ces décisions généralement approuvées par la doctrine on comprend mal un arrêt récent de la Chambre civile

P. 1910, 1, 372 (2^e espèce). Civ. eas. 12 juillet 1909, D. P. 1910, 1, 372 (3^e espèce). Pour les actes constitutifs d'hypothèques : Civ. Rej. 7 juillet 1907, S. 1907, 1, 273. Nullité des actes postérieurs. Req. 7 juillet 1909, D. P. 1910, 1, 372 (1^{re} espèce). M. Wahl dans sa note au Sirey sous l'arrêt du 7 juillet 1907, a proposé à cette jurisprudence le fondement de l'article 1321. Les arrêts précités n'ont pas fait usage de ce texte et certains auteurs pensent en effet que la contre-lettre supposant le concours de deux volontés, l'application en est « impossible ici, la congrégation étant privée de la personnalité juridique » (Planiol, Ripert et M. Picard, t. III, n° 247). Toutefois cette objection pourrait être évitée si, envisageant *ut singuli* les membres de la congrégation dépourvue de personnalité juridique, on les considérait comme les mandants du prête-nom. Mais le liquidateur pourrait-il être considéré dès lors comme leur ayant-cause ?

1. Req. 30 janvier 1934 précité.

2. Req. 9 novembre 1898, D. P. 1899, 1, 103. Civ. cass. 3 mars 1893, D. P. 1893, 1, 243.

3. Civ. Rej. 2 avril 1924. D. P. 1926, 1, 31, Calmel.

4. Req. 5 avril 1880. D. P. 1881, 1, 13.

5. Civ. cas. 8 novembre 1926, D. H. 1926, 36. D^{lle} Cartier c/Dame Vve Janvier. Rapp. Civ. Cas. 13 novembre 1912. Jacquin c/Lebel, D. P. 1913, 4, 433. n. de Loynes. Le conflit s'élevait dans cette espèce entre tiers de bonne foi.

de la Cour de cassation, qui en rejetant le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'Appel de Paris a décidé que la nullité de la cession de bail consentie par un prête-nom était opposable au cessionnaire ayant-cause du prête-nom ¹.

Que l'acte de prête-nom fût nul par défaut de droit c'est ce que l'on ne saurait contester. Bien que les arrêts et les auteurs parlent fréquemment de la validité des actes de prête-nom, il serait plus exact de dire que ces actes sont juridiquement nuls ². Mais en matière de simulation l'esprit et la lettre de l'article 1321 du C. c. posent le principe absolu de l'opposabilité de cette nullité aux tiers de bonne foi. Ce texte apporte une dérogation importante à la règle traditionnelle *nemo plus juris ad alium transfere potest quam ipse habet*. On peut légitimement hésiter lorsque le conflit s'élève entre tiers de bonne foi dont les intérêts opposés sont également respectables ³. Mais en l'espèce où le conflit mettait aux prises un tiers cessionnaire et les parties à la simulation par interposition de personnes, cet arrêt nous semble marquer un recul sur la jurisprudence antérieure. Sans constater que le cessionnaire ait été de mauvaise foi, il déclare, que la remise des deniers au prête-nom par le maître véritable pour l'acquisition d'un fonds de commerce, objet de la cession de bail « peut être retenue par les juges du fait dans l'ensemble des présomptions démonstratives (*sic*) de la volonté que l'acheteur apparent avait eue d'agir comme mandataire occulte ou prête-nom de celui qui en effectuant le paiement entendait de son côté devenir propriétaire de la chose ». Cette toute-puissance de la volonté n'est vraie qu'entre parties ou à l'égard des tiers qui connaissaient la simulation. L'article 1321 la paralyse au contraire au profit de ceux qui ont fait confiance à une situation qu'ils ignoraient être fictive.

134. — Que l'on dise si l'on veut que la convention de prête-nom est un mandat en nom propre où le maître ne se trouvera pas représenté, nous n'y contredirons pas ⁴. Mais cette constatation appelle une précision qui se dégage des décisions précitées. La convention de prête-nom est un mandat sans représentation en ce

1. Civ. Rej. 7 janvier 1935. Dame Hallé Morton c/Maillard, D. H. 1935, 131.

2. C'est la solution très juridiquement donnée le 1^{er} juillet 1904 par la Cour de Dijon (D. P. 1906, 2, 164) qui déclare l'hypothèque constituée par un prête-nom, nulle par application de l'article 2125 C. c. Mais la note critique sous cet arrêt fait justement observer qu'il ne s'ensuivait pas nécessairement que cette nullité fut opposable au créancier hypothécaire de bonne foi.

3. Cf. Planiol, Ripert et M. Picard, III, n° 248 et VI, par P. Esmein, n° 339

4. M. Lerebourg-Pigeonnière, *Th. citée*, n°s 44 et s., étend aux hypothèses régies par l'article 1321 la théorie du mandat en nom propre. Si, après lui, nous avons admis le caractère parfaitement sincère du mandat sans représentation, il nous semble par contre qu'il y ait empiètement de la théorie du mandat sur celle de la simulation à faire intervenir ici la notion de mandat sans représentation. En ce sens: Ferrara, *op. cit.*, pp. 224-225. Rapp. la note de M. Gabolde, D. P. 1929, 2, 68

sens que le maître pourra ne pas être soumis à l'action directe du tiers, mais seulement si ce dernier le veut ainsi. En somme l'absence de représentation est ici purement éventuelle et dépend entièrement de la volonté du tiers. Elle apparaît comme l'un des termes de l'option que fixera le cocontractant et qui sera dictée par son propre intérêt.

Mais on aperçoit aussitôt combien cette similitude avec le véritable mandat *proprio nomine* n'est qu'apparente.

Pour nous en tenir à l'hypothèse où le tiers contractant est de bonne foi dans les deux cas, il suffit de rappeler que dans le mandat en nom propre l'absence de représentation ne dépend pas de la volonté du tiers, elle lui est imposée par la déclaration de volonté du mandataire. C'est parce que cette manifestation de volonté est parfaitement conforme à l'intention réelle des parties que le tiers est irrévocablement lié envers le seul mandataire. Lorsqu'au contraire le prête-nom déclare agir en son nom personnel il résulte de son accord antérieur avec le mandant que cette déclaration est fictive. C'est pourquoi le tiers de bonne foi pourra opter pour celle des situations, qu'il estime la plus conforme à ses intérêts.

135. — Que ce même tiers de bonne foi prétende à l'inverse invoquer le bénéfice de la contre-lettre, le mandat se transformera par sa seule volonté en un mandat représentatif en ce sens qu'il pourra agir comme s'il avait contracté directement avec le mandant.

Les effets de la représentation joueront mais seulement en sa faveur, contre le maître, qui ne sera pas admis à s'en prévaloir. Cependant il importe à notre sens de souligner, ici encore, combien la situation diffère du véritable mandat représentatif.

Pour qu'il y ait représentation au sens technique du terme il faut, dit-on, qu'il y ait *contemplatio domini*, c'est-à-dire volonté commune de la part du mandataire et de son cocontractant de faire naître les effets de leur acte sur la tête du mandant. Cette condition ne saurait de toute évidence être remplie puisque par hypothèse le tiers étant de bonne foi en contractant avec le prête-nom ignorait l'existence de la personne dissimulée, et celle-ci ne lui est souvent révélée, que longtemps après avoir contracté.

Enfin nous rencontrerons une particularité propre à l'article 1321 que les auteurs ont déjà signalée en d'autres domaines. C'est ainsi, que l'on a justement observé qu'en matière de publicité immobilière « le législateur de 1855 n'a pas supprimé le droit plus étendu, la protection plus énergique établie par l'article 1321 ¹ ». C'est une protection toute aussi énergique, que l'article 1321 apporte en notre matière en venant substituer aux solutions qu'aurait com-

1. A. Tissier, n. S. 1898, 1, 225. Cf. également Robin, « Du confit entre les ayants cause à titre particulier au regard de l'article 1321 et de la loi de 1855 », *Th. Rennes*, 1927.

mandé l'interprétation courante des articles 1988 et 1998 du C. c., des solutions, que justifie seule la protection de la bonne foi des tiers. Il est rare en effet qu'en constituant un prête-nom le mandataire lui remette une procuration qui étant destinée à rester secrète serait sans utilité pratique. Si la convention fictive est en général verbale, la contre-lettre est au contraire constituée par un écrit qui au lieu d'émaner du mandant comme la procuration, est délivré par le prête-nom et dans lequel celui-ci se reconnaît par exemple simple détenteur du bien en s'engageant à le restituer. A plus forte raison ne rencontre-t-on jamais en pratique de procuration authentique secrète. Or au cas d'hypothèque constituée par un prête-nom il n'est pas douteux que celle-ci, nulle par défaut de droit chez le constituant, ne fut également nulle par défaut de procuration authentique¹. L'article 1321 s'oppose cependant à ce que cette nullité puisse être opposée aux tiers.

Mais surtout ce texte évite au juge de rechercher si l'acte du prête-nom entrerait ou non dans les limites de ses pouvoirs. On sait en effet que l'article 1988 en disant que « le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration » a entendu l'opposer au mandat expresse qui doit être interprété strictement. A ce point de vue la convention par laquelle les simulateurs conviennent que l'acquéreur fictif d'un immeuble le détiendra « en qualité de prête-nom » ne peut qu'être considérée, comme un mandat « conçu en termes généraux ». D'autre part le mandant n'est pas, en principe, tenu par les actes accomplis par son mandataire au delà de ses pouvoirs (1898, al. 1).

En faisant reposer leurs solutions sur l'article 1321 les décisions précitées n'avaient pas à trancher la délicate question des limites de l'acte d'administration. L'article 1988 du C. c. exigeant d'ailleurs un mandat expresse pour la constitution d'hypothèque elles n'ont surtout pas à rechercher si l'acte du prête-nom avait été concerté ou non avec le mandant pour déclarer que le défaut de pouvoir du prête-nom était inopposable par l'une ou l'autre des parties aux tiers de bonne foi.

136. — Les différences que nous avons relevées jusqu'à présent entre les effets du mandat *proprio nomine* et la convention de prête-nom nous ont paru répondre à deux notions différentes de l'interposition de personnes. L'une, à laquelle on réserverait le nom d'interposition réelle, serait celle dans laquelle l'intermédiaire a effectivement été autorisé à assumer les charges et à profiter des avantages de son activité, sauf à en rendre compte au bénéficiaire final. L'hypothèse du mandat *proprio nomine* n'en est sans

1. Paris, 5 juin 1905, D. P. 1908, 2, 129, n. de Loynes S. 1907, 2, 273, n. Wahl, déclare que la qualité de prête-nom « est sans influence sur la valeur de l'hypothèque, un mandat tacite n'ayant pu suppléer la procuration authentique nécessaire à la validité de celle-ci ».

doute qu'un exemple. La qualification d'interposition fictive serait alors réservée à des hypothèses différentes notamment à celles dans lesquelles l'intermédiaire en vertu d'une contre-lettre, n'a reçu que fictivement le pouvoir de traiter en son nom personnel.

Sans doute cette conception ne ressort-elle pas toujours de la lettre même des solutions jurisprudentielles. Elle s'y trouve cependant à l'état latent lorsqu'on en recherche le fondement. C'est parce qu'à la base de chacune de ces notions nous trouvons un accord de volontés dont le but est différent, que la convention sérieuse doit nécessairement produire des effets différents de la convention simulée. A l'égard des tiers, il est vrai, mandat en nom propre et prête-nom ont pu paraître si voisins qu'on les a longtemps confondus. Cependant cette similitude d'effets n'est que superficielle puisque même à ce point de vue le mandat en nom propre ne peut être modifié par la bonne ou mauvaise foi du tiers. Au cas de prête-nom, par contre, il ne paraît pas excessif d'exiger du tiers une condition supplémentaire pour lui permettre d'exercer un droit d'option qui va lui conférer une situation privilégiée.

Le mandat *proprio nomine* et la convention de prête-nom seraient-ils d'ailleurs identiques au point de vue des effets que cette conséquence *a posteriori* nous autoriserait encore à considérer les deux notions comme distinctes puisque nous avons vu que c'est à l'instant de la formation de l'acte que devait s'apprécier le caractère fictif de l'accord de volonté.

Mais à cet essai de qualification ne s'attache pas un simple intérêt de terminologie. La jurisprudence a dégagé avec plus de netteté la notion d'acte indirect à côté de celle d'interposition fictive lorsqu'elle a eu à apprécier la capacité requise des parties dans l'une et l'autre de ces hypothèses.

On conçoit qu'en raison du rôle différent joué par les diverses parties, la capacité requise ne soit ni la même, ni exigée chez les mêmes personnes au cas d'acte indirect et au cas d'interposition fictive, puisque pour cette dernière les effets de l'acte se produiront par-dessus la tête de l'interposé directement entre le tiers et la personne dissimulée.

C'est à l'occasion notamment des incapacités édictées en matière de libéralités que s'est affirmée la distinction que nous soutenons entre les diverses hypothèses d'interposition.

SECTION II. — L'interposition de personnes dans les libéralités.

137. — On sait que le C. c. a enfermé dans d'étroites limites la capacité¹ de disposer et de recevoir à titre gratuit. La loi, dont le

1. Nous employons ici l'expression d'incapacité, mais dans certains cas, il s'agit plus exactement d'indisponibilité.

fondement varie suivant les hypothèses, prohibe tantôt toute libéralité entre certaines personnes déterminées, tantôt au contraire elle restreint les droits du disposant à une certaine portion de ses biens.

L'article 911, alinéa 1 du C. c. dispose alors que « toute disposition au profit d'un incapable sera nulle soit qu'on la déguise sous la forme d'un contrat onéreux, soit qu'on la fasse sous le nom de personnes interposées ». En termes légèrement différents l'article 1099 décide que « les époux ne pourront se donner indirectement au delà de ce qui leur est permis par les dispositions ci-dessus. Toute donation ou déguisée ou faite à des personnes interposées sera nulle ».

Bien des difficultés sont nées dans l'application de ces textes. Nous avons vu précédemment celles qui relèvent de la notion de déguisement dans la nature de l'acte ¹. Nous ne retiendrons ici que celles qui se rattachent à la notion de simulation dans les parties à l'acte afin de compléter notre étude de l'interposition personnes. Préoccupés surtout du problème de qualification que soulève la notion de simulation parce que sa solution commande à notre sens les conséquences qui en pratique doivent en découler, c'est à la distinction de la charge et de l'interposition de personnes que nous nous attacherons ².

Plus nettement que dans les hypothèses précédentes, se dégage de la jurisprudence en matière de libéralités, la notion d'interposition réelle, acte indirect, opposée à celle d'interposition fictive, acte simulé. La jurisprudence qualifie de libéralité avec charge celle qui, en matière de donations, se réalise à l'aide d'une stipulation pour autrui. Or, à notre sens, le promettant est un interposé réel parce qu'il y a entre stipulant et promettant un acte sérieux et que celui-ci est absolument indispensable pour que les tiers puissent bénéficier de certains de ses effets, et qu'on ne peut contester, au promettant la qualité de « partie » qu'il a réellement prise lors de la formation de l'acte qui sert de fondement à la stipulation pour autrui. Au contraire, il n'a pas, ou plus exactement il n'a qu'en apparence cette qualité, celui dont le concours n'est sollicité que pour abuser le public.

Son intervention n'ajoute rien à l'acte qui produira ses effets légaux s'il est licite, alors qu'au contraire, nous l'avons vu précédemment à propos du *negotium mixtum cum donatione*, l'acte indirect dans la même hypothèse produira un effet reflexe ou supplémentaire qui sera ici le bénéfice, pour le tiers, de la stipulation.

1. *Supra*, 1^{re} partie, chap. 1.

2. L'objet de notre travail ainsi délimité il ne nous a pas paru nécessaire d'aborder certains aspects de problèmes plus particuliers, tels que ceux relatifs à la force des présomptions d'interposition de personnes ou ceux soulevés par les dispositions de la loi du 1^{er} juillet 1901.

On conçoit dès lors que la capacité nécessaire à la validité de l'acte, qui par hypothèse est une libéralité, soit requise du promettant qui seul est partie alors qu'elle sera requise du bénéficiaire direct mais dissimulé au cas d'interposition fictive puisque c'est à lui qu'il faudra reconnaître la qualité de partie ¹.

Ce n'est pas à dire d'ailleurs qu'en qualifiant charge ou interposition telle ou telle hypothèse la jurisprudence ait toujours parfaitement motivé ses décisions, ni que cette distinction soit de nature à résoudre tous les problèmes. La difficulté n'est que déplacée puisque en réalité il s'agit de rechercher dans chaque cas si l'acte est sérieux. C'est, comme toujours en matière de simulation, une recherche d'intention, donc de preuve. Or sur ce point la jurisprudence a subi une évolution qui n'est peut-être pas encore achevée.

Après avoir recherché dans la jurisprudence le critérium d'une distinction que l'on s'accorde à reconnaître comme « très difficile ² », on apercevra mieux ce que devait être le régime de la preuve en cette matière. Nous pourrions alors aborder l'étude des effets de l'interposition de personnes.

§ 1. — *La notion de charge et d'interposition de personnes.*

138. — Ces notions seraient aisément tenues distinctes si l'interprète pouvait en cette matière saisir avec exactitude la position prise par la Cour suprême. Malheureusement cette source d'interprétation s'avère ici singulièrement incertaine. Oubliant son rôle de Cour régulatrice la Cour de cassation « a sacrifié quelque peu à la propension qui porte trop souvent les Cours et les Tribunaux à transformer les questions de droit en questions de fait ³ ». Or la notion de charge est une question de droit ⁴, et encore que l'interposition se ramène à une recherche d'intention nous verrons qu'elle doit présenter certains éléments que les juges du fond relèveraient, si la Cour de cassation voulait, suivant la formule souvent employée, « contrôler les conséquences juridiques à déduire de faits souverainement constatés par les juges du fond ». L'absence de ces constatations de fait entache les décisions d'un défaut de motif qui serait suffisant pour leur faire encourir la censure de la Cour suprême. Il ne semble pas d'ailleurs que cette dernière veuille intervenir au débat car récemment encore elle déclarait qu'une Cour d'appel interprétait « dans la plénitude de son pouvoir souverain... » telle disposition testamentaire comme constituant un legs direct et non une charge ⁵, et « que l'apprécia-

1. En ce sens, Planiol, III, 11^e édition par Ripert, n° 3020.

2. Planiol, Ripert et Trasbot, V. n° 175.

3. Beudant, n. D. P. 1894, 1, 257. Cf. Planiol, III, n° 3.019.

4. Savatier, n. D. P. 1928, 2, 121. Trasbot, *Rev. Crit.*, 1927, 259.

5. Civ. Rej. 6 juin 1932. De Renesse, D. H., 1932, 428. Cet arrêt clôt le débat relatif à la fondation Kastrioti ouvert par le jugement du tribunal civil de la

tion des présomptions pouvant faire preuve de la simulation de qualité... est abandonnée à la prudence des juges et échappe par conséquent au contrôle de la Cour de cassation ¹ ». Cette considération serait sans doute exacte si de cette appréciation, qui se trouve ainsi échapper à tout contrôle, ne devait découler la qualification de l'acte litigieux. Aussi n'est-ce pas sans raison que l'on a souligné le caractère arbitraire ou contradictoire de la jurisprudence. La comparaison des décisions laisse l'impression que dans la crainte d'appeler les choses par leur nom la jurisprudence qualifie « charge » ou « interposition » suivant le résultat recherché, des situations de fait identiques.

Mais peut-être ce qui apparaît ici comme un subterfuge contient-il une part de vérité, si l'on veut ne pas attacher à la notion d'interposition le sens toujours péjoratif de simulation.

Comme le legs et la donation diffèrent dans leurs conditions de formation il est possible que les conditions d'existence de la simulation soient différentes pour chacune de ces libéralités, aussi en ferons-nous l'étude séparée en commençant par le legs qui est l'hypothèse qui s'est présentée le plus fréquemment en pratique.

A. — LA CHARGE ET L'INTERPOSITION EN JURISPRUDENCE

139. — Les considérations générales que nous avons présentées jusqu'ici résument dans ses grandes lignes la position prise par la jurisprudence tant en matière de legs avec charge adressée à des personnes futures ou indéterminées qu'en matière de fondation. Cette dernière hypothèse nous en fournit les exemples d'application les plus fréquents.

Le 1^{er} mai 1894 la Cour de Douai ² qualifie des légataires universels, personnes interposées, motifs pris de ce que : « jamais le testateur n'a éprouvé une affection particulière pour MM. Massart et Décupère (légataires universels)... qu'il a songé plus particulièrement à ses convictions personnelles et a voulu leur donner non plus une part quelconque, mais la totalité de son héritage. » Mais la Cour de Douai paraît bien avoir été déterminée dans son interprétation par cette considération, qu'en acceptant de distribuer « en bonnes œuvres » la plus grande part de la fortune du disposant, les légataires universels auraient « reçu et accepté mission... de recueillir la succession et de la transmettre à des inconnus dont l'État non plus que les héritiers naturels, ne peuvent ainsi qu'ils en ont le droit, vérifier la capacité de recevoir absolue ou relative ».

Seine en date du 8 décembre 1924. Clunet, 1925, 711 et l'arrêt de la Cour de Paris, 1^{er} juillet 1926. D. P. 1928, 2, 121, note Savatier.

1. Civ. Rej. 7 janvier 1935 précité D. H. 1935, 131. Hallé.

2. Décupère et Massart, D. P. 1895, 2, 249, note critique de Ch. Beudant.

Par contre la Chambre civile de la Cour de cassation avait antérieurement censuré la décision des juges du fond qui s'étaient fondés sur ce que le legs « ne conférait à Saint-Pé aucun émolument et servirait uniquement à couvrir une donation manuelle de 240.000 francs faite par le (disposant) à des personnes inconnues dont par suite la capacité ne peut être vérifiée ». La Cour de Toulouse en avait déduit : « que le legs universel dont il s'agit ne peut être considéré comme sérieux et doit être annulé comme contenant une interposition de personnes. » La Cour de cassation considère au contraire que le légataire devant bénéficier pendant un an des intérêts d'une somme de 60.000 francs, affectée au paiement de plusieurs legs particuliers sa vocation ne saurait être critiquée¹.

En présence d'un testament par lequel après avoir institué une légataire universelle et nommé un exécuteur testamentaire la *de cuius* terminait ses dispositions par ces mots : « Je leur laisse mes intentions », le pourvoi soutenait que « ces dernières expressions suffisaient pour vicier le testament et le faire déclarer nul, la légataire universelle n'étant manifestement qu'un exécuteur testamentaire chargé de procurer le legs à une personne inconnue ou incertaine dont il était impossible de vérifier la capacité ». Après les juges du fond la Chambre civile de la Cour de cassation déclare que : « ni les termes du testament, ni les circonstances extrinsèques... quelques sérieuses qu'elles puissent paraître n'étaient suffisantes pour faire la preuve certaine de l'interposition de personnes ou de la charge illicite alléguée². »

140. — Mais c'est surtout en matière de fondation que le procédé technique de la charge est utilisé, et que le rapprochement des solutions peut être intéressant pour nos recherches.

L'affaire de l'« International arbitration and peace association » nous montrera un premier aspect de la jurisprudence. Un Sieur Narcisse Thibault ayant légué sa fortune au président d'une association étrangère à condition de constituer sur le capital une rente perpétuelle au profit de l'association, la vocation du légataire universel fut attaquée par les héritiers naturels du disposant. Le Tribunal civil de la Seine débouta les héritiers de leur prétention en déclarant que cette disposition testamentaire renfermait un legs fait au président de l'association avec charge de constituer une rente au profit de l'Association Internationale pour l'arbitrage et la paix. La Cour de Paris estima au contraire : « que les termes seuls du testament qui semblait instituer Hodgson Fratt — que le testa-

1. Civ. Cas. 18 février 1891, D. P. 1891, 4, 306, n. Dupuich.

2. Civ. Cas. (sur un autre point), 4 novembre 1913. Pandelau, D. P. 1917, 4, 142. Rapp. Trib. Civ. Seine, 14 juin 1932, D. H. 1932, 454. Caen, 15 novembre 1906, D. P. 1907, 2, 265. n. Planiol.

teur n'avait jamais vu et dont il ignorait le domicile — permettaient de penser que l'institution s'adressait en réalité à sa qualité de président de l'association et qu'il était légitime d'en inférer que cette société était destinée dans la pensée du testateur à recueillir l'entier émolument de la disposition... qu'il résulte avec évidence de ce qui précède que la disposition en question était faite sous le nom d'une personne interposée¹. »

La Chambre civile estima que la démonstration était concluante et que « l'arrêt n'avait pas à s'expliquer sur les caractères juridiques qui distinguent le legs avec charge du legs par interposition de personnes² ».

A cette interprétation il faut opposer celle à laquelle a donné lieu la fondation d'Azay de Rideau. Dans son arrêt de cassation la Chambre civile affirme, contrairement aux juges du fond, qu'il importe peu, pour que l'institué soit un légataire sérieux³, « que l'exécution des charges qui ont été imposées au dit de Biencourt et l'accomplissement du mandat qu'il a par là même à remplir doive absorber en totalité l'émolument de la disposition faite à son profit ». Enfin dans deux autres affaires célèbres⁴ la jurisprudence reste fidèle à l'analyse de la fondation en une charge adjointe à un legs : Fondation de l'hospice de Finestret⁵, Fondation de l'Académie Goncourt⁶.

141. — Moins nombreuses, à notre connaissance tout au moins, sont les décisions de la jurisprudence qui ont eu à connaître du problème en matière de donation entre vifs.

La Cour de Nancy en présence d'un don manuel fait à un prêtre pour créer et entretenir une école que le donataire aurait dirigée, déclare celui-ci personne interposée car « dans aucune pièce de la correspondance il n'est fait allusion à un désir exprimé par (le donateur) de faire, en faveur de l'abbé Vigneron, personnellement et à son usage exclusif, une libéralité quelconque... que le bénéficiaire réel de ce don manuel était une personne incertaine, indéterminée n'ayant pas d'existence propre, c'est-à-dire l'école à

1. Paris, 18 février 1909, D. P. 1909, 2, 273.

2. Civ. Rej. 7 février 1912, D. P. 1912, 1, 433.

3. Civ. Cass. 5 juillet 1886. De Biencourt, D. P. 1886, 1, 465.

4. Dans l'affaire plus récente de la fondation Kastrioti la distinction de la charge et de l'interposition de personnes qui avait été soulevée devant les premiers juges (Trib. civ. Seine, 8 décembre 1924. Clunet 1925, 711. *Reo. de Dr., Int. priv.* 1925. 76 conclusions Lyon-Caen) a été abandonnée par la suite. La Cour de Paris le 1^{er} juillet 1926 (D. P. 1928, 2, 121, n. Savatier) et la Cour de Cassation le 6 juin 1932 (D. H. 1932, 428) ont analysé la disposition comme un legs direct fait aux veuves et orphelins de la Banque de France. Cette interprétation n'intéressant pas directement nos recherches nous ne pouvons en faire état ici.

5. Civ. Rej. 12 mai 1902, D. P. 1902, 1, 425, S. 1907, 1, 137, n. Lévy-Ullmann.

6. Paris, 1^{er} mars 1900, S. 1905, 2, 78.

créer, école existant seulement à l'état de projet et par conséquent incapable de recevoir ¹ ».

Plus récemment le Tribunal civil de la Seine considérait que la remise d'un chèque en blanc à un prête-nom avec mandat de le remplir au décès du disposant et d'en remettre le montant à une personne désignée, constituait « une libéralité posthume par personne interposée radicalement nulle comme ne revêtant les formes ni d'une donation entre vifs, ni d'une disposition testamentaire ² ».

La décision précédente de la Cour de Nancy eût abouti à un résultat différent si elle avait analysé la création de l'école comme étant la charge d'une donation. Telle est en effet l'opinion de la Cour de Rouen ³ dans une espèce où, un donateur avait fait une libéralité à l'archevêché, à charge d'affecter perpétuellement les revenus au traitement d'un chapelain au service de sa chapelle privée.

En confirmant la décision du Tribunal Civil de Dieppe qui analyse longuement une telle convention en une stipulation pour autrui. La Cour de Rouen déclare « qu'il n'y a pas lieu de s'arrêter à la double interposition de personnes reprochée... le véritable bénéficiaire de la donation étant l'archevêché de Rouen; établissement public capable de recevoir, et les obligations acceptées par lui au profit des chapelains de la chapelle de Bosmelet constituant seulement les charges de la donation acceptée régulièrement ⁴ ».

142. — Il résulte de ce rapide aperçu qu'aux yeux de la jurisprudence il y a charge lorsque celui qui en est grevé reçoit réellement sa vocation de l'acte quelle que soit l'importance de l'avantage qu'il en retire personnellement, au contraire il y a interposition lorsque le bénéficiaire au premier degré a une qualité purement fictive, le disposant n'ayant jamais eu la pensée de le gratifier.

Il importe de remarquer aussitôt que dans les espèces précitées la jurisprudence entend l'interposition au sens de simulation et emploie cette expression au cas où la libéralité lui a paru être dissimulée par un bénéficiaire apparent.

Cette distinction nous paraît consacrer celle de l'interposition

1. Nancy, 6 février 1892. Vigneron, D. P. 1892, 2, 268. V. aussi Civ. Rej. 24 mai 1913. Longefay, D. P. 1915, 1, 5. Req. 25 juillet 1891. Charpentier, D. P. 1892, 1, 271.

2. Trib. Civ. Seine, 7 juillet 1931. Leibschutz, D. H. 1931, 452. Sur cette décision voir les observations de M. Demogue, *Rev. Trim.*, 1932, 202 et de M. Savatier, *Rev. Trim.*, 1932, 504, et la note H. M., *Semaine Juridique*, 1932, 112. Cf. Douai, 6 juillet 1932, S. 1933, 1, 47.

3. Rouen, 28 décembre 1887. De Bosmelet, D. P. 1889, 2, 143, cassé par Civ. 24 novembre 1891, D. P. 1892, 1, 542.

4. Rap. Req. 2 avril 1912, D. P. 1912, 1, 524, qui analyse également la donation avec charge en une stipulation pour autrui.

réelle et de l'interposition fictive. La libéralité avec charge étant réalisée à l'aide d'un intermédiaire dont le titre est sérieux, la charge est une libéralité indirecte qui ne parvient au bénéficiaire qu'indirectement après avoir séjourné un temps plus ou moins long dans le patrimoine de l'intermédiaire.

Au contraire la libéralité est-elle adressée à un intéressé fictif elle parvient directement quoique secrètement au bénéficiaire et celui-ci la tient du disposant puisque l'interposé n'a jamais eu qualité pour la retenir. Cette distinction ne préjuge d'ailleurs pas la question toute différente de savoir si la charge et l'interposition fictive seront soumises au même titre aux dispositions des articles 911 et 1099 du C. c. C'est là une question d'effets que nous aborderons bientôt. Nous retrouvons ici la dualité de notion déjà rencontrée précédemment mais il nous faut convenir que si la distinction proposée se trouve consacrée implicitement, elle ne repose pas sur un critérium certain. On ne saurait considérer comme suffisant, le fait que le disposant n'éprouvait aucune affection envers le légataire pour qualifier celui-ci de personne interposée¹. Ce serait oublier qu'une libéralité peut être dictée par des mobiles qui ne sont pas toujours purement désintéressés.

B. — LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DE L'INTERPOSITION DE PERSONNES

143. — Si l'interposition, dans les cas où la jurisprudence use de l'expression, est une opération simulée et la charge une opération indirecte réelle nous devons retrouver les caractères essentiels de chacune de ces grandes catégories. Tout autre critérium nous paraît arbitraire ou insuffisant, car si nous acceptons la définition jurisprudentielle de la charge et de l'interposition il reste à dire comment et à quels signes suffisamment sûrs on distinguera une opération réelle d'une opération simulée. C'est ce que la jurisprudence ne nous dit pas. Pour cela il faut à notre avis examiner successivement les conditions d'existence de la simulation, en d'autres termes ce qu'est l'interposition fictive et d'autre part ce qu'est la charge.

Mais comme la donation est un contrat qui exige le concours de deux volontés alors que le legs permet au testateur de disposer de ses biens par un acte de volonté unilatérale, l'acte simulé ne déguisera efficacement la personnalité du bénéficiaire réel qu'à des conditions différentes suivant que les biens seront transmis entre vifs ou par un acte de dernière volonté. Il faut donc à notre avis étudier séparément la simulation par interposition de personnes dans la donation et dans le legs.

1. Douai, 1^{er} mai 1894, précité.

1° *La donation par personne interposée.*

144. — Si l'interposition de personnes est une hypothèse de simulation relative où derrière un acte fictif les parties concluent un acte réel, si, d'autre part, la donation entre vifs est bien un contrat la réalisation d'une donation par interposition de personnes exige le concours actuel de trois personnes. Alors seulement nous semble-t-il apparaît le rôle véritable de celui qui vient se poser entre les deux contractants, et l'expression « interposition » prend au cas de simulation tout son sens.

Puisque l'acte apparent, conclu ici entre le donataire et l'interposé fictif n'a d'autre but que de dissimuler le contrat réel qui doit être conclu en même temps¹ entre le donateur et le donataire réel, il ne peut y avoir de dissimulation efficace que si le donateur et le donataire concourent à l'acte. Le contrat dissimulé développe alors ses conséquences légales entre les parties intéressées², l'intervention de la personne interposée étant de pure façade. Cette conception s'impose avec une vigueur particulière si l'on rappelle les conditions de formation du contrat de donation. Si le donataire dissimulé ne concourt par à l'acte réel, indépendamment même de toute autre cause de nullité, la donation dissimulée ne peut se former, et la simulation est inefficace. Puisque le donataire apparent n'est qu'un homme de paille posé entre les parties véritables, la convention intervenue entre lui et le donateur, fictive par hypothèse, ne peut être considérée comme étant celle qui réalise la donation dans les rapports du donateur et du donataire réel. Aux termes même de l'article 894 C. c. la donation est un contrat par lequel le donateur se dépouille « actuellement » des biens donnés et sans doute l'article 931 prévoit-il que l'acceptation du donataire peut n'intervenir qu'ultérieurement pourvu que ce soit avant le décès du donateur, mais jusqu'à ce que le « consentement » soit formé il n'y a pas contrat de donation et le transfert de propriété n'a pu se produire (art. 938 C. c.).

Or ce consentement ne peut résulter que du seul concours des volontés du donateur et du donataire dissimulé. Il convient en effet de ne pas oublier que la personne interposée ne fait ici que jouer le rôle de partie, mais c'est parce que précisément elle ne

1. Cette restriction a pour but de rappeler le caractère « originaire » de la simulation. A défaut de simultanéité il y aurait soit une convention modificatrice de la première qui serait par là même réelle, soit, ainsi que nous le montrerons, un simple projet.

2. Dijon, 20 mai 1909, Longefay, D. P. 1909, 2, 53 et sur pourvoi Civ. Rej. 24 mai 1913, D. P. 1915, 1, 5. Cette conception de l'interposition est vraie de tout contrat lorsque pour sa conclusion la personnalité de l'un des contractants a été dissimulée par un homme de paille. En voir une application au contrat de vente dans Civ. Cass. 4 janvier 1933, D. H. 1933, 131.

fait que jouer un rôle que son intervention ne peut être considérée comme suffisante.

C'est pourquoi en matière de donation entre vifs, on ne peut à notre sens parler avec précision d'interposition au sens de convention par laquelle le donateur déclare donner à un tel, alors qu'il entend en même temps gratifier une tierce personne dissimulée, sans rapporter la preuve de l'acceptation de cette dernière. Jusqu'à cette acceptation le contrat n'est pas parfait, la simulation est inopérante et la donation est « radicalement nulle » dit une décision récente ¹.

Si donc le donataire dissimulé ne concourt pas actuellement à l'acte réel on ne peut parler de donation dissimulée sous le nom d'une personne interposée. Jusqu'à l'acceptation du donataire le donateur conserve la propriété de ses biens et, s'il y a bien un projet de dissimulation, il n'y a pas actuellement donation dissimulée puisqu'il n'y a pas donation faite de consentement. Sans doute l'acceptation du donataire pourra n'intervenir que plus tard mais jusqu'à ce moment il n'y a qu'un projet toujours révocable.

Toute autre conception nous paraît devoir se heurter à cette objection que la donation est un contrat qui exige comme les autres le consentement des parties. Or, puisque l'interposé est par hypothèse fictif il ne saurait être considéré comme partie à l'acte, et son concours dispenser le donataire d'intervenir. Il importe aussitôt de souligner la différence qui sépare cette hypothèse de celle où l'interposé serait pris en qualité, que nous supposons pour l'instant non contestable, de donataire avec charge au profit d'un tiers bénéficiaire. Son intervention est alors parfaitement sérieuse et, si l'acceptation du bénéficiaire peut comme dans l'hypothèse précédente n'être donnée qu'*ex intervallo*, il n'en reste pas moins qu'entre temps l'interposé détient les biens conformément au titre sauf à préciser dans quelle mesure il a qualité de donataire. Au contraire, au cas d'interposition fictive, le rôle de l'intermédiaire est nul puisqu'il n'intervient que pour tromper les tiers. Il faut donc nécessairement pour pouvoir envisager l'interposition comme une hypothèse de simulation relative que l'acte réel dissimulé ait pu se former. Or ici où il s'agit d'une donation le concours du donataire est indispensable.

145. — Nous reconnaissons que cette conception rationnelle de simulation par interposition de personnes n'est pas celle généralement admise ². Certains auteurs admettent que tout accord, même

1. Trib. Civ. Seine, 7 juillet 1931, précité D. H. 1931, 452.

2. Comp. Amiens, 21 février 1893. Du Plessis-Bellièvre, D. P. 1895, 2, 457. Limoges, 27 décembre 1898. Ventelon, D. P. 1901, 2, 286. L'interposition fictive était d'autant plus douteuse qu'en l'espèce le disposant avait conservé l'usufruit des biens, ce qui pour le moins implique qu'il s'était réellement dépouillé de la nue propriété.

entre donateur et interposé, est inutile : « Que *primus* bénéficiaire apparent, dit-on ¹, sache ou non qu'il n'est qu'un mandataire, qu'il ait entendu ou non être un donataire sérieux, peu importe. Il suffit que le donateur n'ait voulu en faire qu'un donataire apparent pour qu'il n'y ait pas donation en sa faveur et par conséquent pour qu'il y ait interposition. » Contrairement à cette opinion, nous venons de voir qu'il s'agit non pas d'une question de preuve mais d'existence même de la donation dissimulée. Nous avons d'ailleurs pour nous l'opinion d'un auteur qui considère au contraire que cette conception de l'interposition « a une grosse portée doctrinale ».

Nous avons développé en matière de donation une distinction que Planiol présentait dès 1890 à propos des actes du prête-nom ². A côté du prête-nom dont le mandat est dissimulé, le prête-nom, auquel le savant auteur réservait le même qualificatif ³ « Peut aussi intervenir dans des hypothèses bien différentes lorsqu'il s'agit de donner une apparence de vie et une solidité plus grande à un acte qui serait nul ou fragile, si le nom du véritable intéressé y figurait. » Le contrat se forme alors, entre les véritables parties à l'acte dissimulé, par-dessus la tête de l'interposé qui « n'y est pas intéressé et dans lequel il n'intervient, au vu et au su des deux parties, que pour l'apparence ». L'interposé « joue cependant un rôle capital quoique de pure forme dans l'acte juridique. » Tel est à notre sens le rôle que joue le donataire apparent au cas de donation par personne interposée et c'est pourquoi le concours du donataire dissimulé nous paraît indispensable à l'existence même de la donation dissimulée.

146. — Loin d'être originale notre conception a pour elle une tradition séculaire. Elle se rattache historiquement à la nécessité de l'acceptation des donations qui a fait condamner successivement en 1539 et 1549 et enfin dans l'article 5 de l'ordonnance de février 1731 la pratique des stipulations notariales. Le notaire esclave public intervenait non pas comme cocontractant, mais pour enregistrer une déclaration unilatérale de volonté. C'est pour condamner la donation par acte unilatéral, déguisée sous les apparences d'une stipulation, qu'intervinrent les ordonnances royales. Ce sont ces mêmes arguments qui firent condamner autrefois la donation par acte de volonté unilatérale qui, dans des situations de fait identiques, nous conduisent à dénier toute efficacité à une autre conception de l'interposition fictive de personnes ⁴.

1. R. Garnier. « Des libéralités par personne interposée », *Th. Dijon*, 1901, p. 31. V. les diverses opinions rapportées, pp. 27 et s. La conception de cet auteur nous paraît non seulement aboutir à la notion de simulation unilatérale, mais encore consacrer celle de la donation, ici, la donation dissimulée, par acte de volonté unilatérale.

2. V. sa note au D. P. 1890, 2, 185.

3. Comp. *supra*, p. 161, texte et note 1.

4. Sur la théorie du notaire esclave public. Cf. Lambert, *op. cit.*, § 49 à 55, et

147. — C'est en renouant avec nos traditions historiques les plus sûres que certaines décisions, sans d'ailleurs s'expliquer sur la notion d'interposition, ont fait application des conséquences que comporte la conception que nous défendons. Dans une affaire récente la Chambre des requêtes a estimé que les juges du fond avaient exactement décidé qu'en comparaisant à l'acte de donation au profit d'un donataire apparent, la donataire véritable justifiait par son concours à l'acte de son acceptation de la libéralité dissimulée qui lui était faite dans un moment où une instance en divorce était sur le point d'être engagée entre elle et son mari. En conséquence elle était recevable à revendiquer le bénéfice de la libéralité à l'encontre des héritiers du donataire fictif.

Les circonstances de la cause montrent exactement que quoiqu'ayant lieu entre personnes capables l'interposition eût été inefficace à défaut d'acceptation de la donataire¹.

2° *L'interposition au testament.*

148. — Lorsque la libéralité est adressée sous forme de legs il ne s'agit plus de requérir la collaboration du bénéficiaire réel. La loi permet expressément au testateur de disposer par acte de volonté unilatérale « pour le temps où il n'existera plus, de tout ou partie de ses biens » (art. 895). Le légataire n'a aucune part à l'acte de transfert².

Mais, lorsque le legs est adressé à un légataire fictif, est-il nécessaire à l'existence de la simulation qu'il y ait un accord entre le disposant et l'institué ? Le testateur imprime dans ce cas à la libéralité une affectation différente de celle portée au testament. Comment le légataire apparent connaîtra-t-il la destination des biens ?

Une doctrine considérable repousse pourtant la nécessité d'un tel accord et pense que « les éléments constitutifs » de l'interposition de personnes se ramènent, en droit à l'intention du disposant, accompagnée de la croyance, raisonnablement fondée en fait que le bénéficiaire apparent s'y conformera lorsqu'il la connaîtra, même à supposer qu'il ne la connaisse qu'après avoir recueilli le legs ou

Regnault : « Les ordonnances civiles du Chancelier Daguesseau : Les donations et l'ordonnance de 1731 », Paris, 1929, pp. 196 et s.

1. Req. 12 mars 1918, Paulin Roy, S. 1921, 1, 71. Rap. Civ. Rej. 28 janvier 1903. Desclaux Boulon, D. P. 1903, 1, 238. V. également affaire Longefay précitée Civ. Rej. 24 mai 1913, D. P. 1915, 1, 5 et Leibshutz. Trib. Civ. Seine 7 juillet 1931, D. H. 1931, 452. Rapp. ce que nous avons dit à propos de la donation indirecte réalisée par transfert de titres nominatifs *supra*, 1^{re} partie, chap. 1, n° 21.

2. A moins qu'en acceptant, on ne dise qu'il est réputé avoir contracté. Lamberg, § 67.

3. La question est ainsi nettement posée sur le terrain des conditions d'existence de la simulation.

la donation ¹ ». Les auteurs qui se sont spécialement attachés à ce problème estiment que cependant que dans la crainte surannée de l'arbitraire du juge « péniblement, la doctrine se débattait contre la théorie du *fideicommiss*... la jurisprudence mettait d'emblée le doigt sur la vérité et n'hésitait pas à décider que la seule volonté du disposant, sans distinction aucune... suffisait pour constituer l'interposition ². »

D'autres auteurs ont accusé la jurisprudence de se livrer à des procès de tendances dont l'arbitraire se dissimule mal derrière de pures affirmations ³.

Nous plaçant ici au seul point de vue de la notion de simulation, nous pensons que juridiquement l'interposition fictive ne peut résulter de la seule volonté unilatérale du disposant. Cette conception à force de présumer la fraude consacrerait une notion de la simulation par prétérition ou simulation unilatérale que nous avons déjà réfutée. La simulation qui affecte ici le testament, acte unilatéral ne nous paraît pas devoir perdre pour autant son caractère conventionnel.

Lorsque le disposant n'a pas fait connaître à l'institué la destination des biens légués, il peut y avoir soit réserve mentale, soit *fideicommiss* mais dans l'une ou l'autre hypothèse il n'y a pas interposition fictive ⁴.

La conception suivant laquelle il suffit que le disposant ait cru que le légataire se considérerait comme personne interposée nous paraît confondre la réserve mentale et la simulation ⁵ dont les éléments constitutifs et les effets bien différents ont été suffisamment étudiés ci-dessus pour ne pas avoir à y revenir ici. Comment admettre avec la jurisprudence que « même si le tiers choisi est de bonne foi et croit être le véritable destinataire de la libéralité, les intéressés peuvent néanmoins faire la preuve que le disposant l'a considéré comme une personne interposée ⁶ » ? Il est vrai qu'il faut que cette croyance soit dans l'esprit du disposant « raisonnablement fondée ». On en vient tout naturellement à admettre parfois que la simple communion d'idées et de sentiments suffit à réaliser l'interposition ⁷.

1. Aubry et Rau, § 650 *bis*, texte et note 21 *bis*.

2. Garnier, *op. cit.*, p. 32. Cf. en même sens : Colin et Capitant, III, p. 682 et la jurisprudence citée. Note signée A. L. au D. P. 1924, 2, 158.

3. Beudant n. D. P. 1895, 2, 249, note anonyme sous Caen, 21 décembre 1905, D. P. 1907, 2, 245.

4. Le plus souvent la question se pose relativement au legs universel, mais nous pensons que les principes de solution sont identiques pour les autres modalités du legs. Cf. pour le legs particulier. Req. 10 janvier 1905, D. P. 1905, 1, 47. Req. 21 novembre 1911, D. P. 1913, 1, 421.

5. V. en particulier le passage de M. Garnier précité p. 180 texte et note 1.

6. Colin et Capitant, *op. et loc. cit.*

7. V. entre autres Civ. Rej. 7 février 1912, précité (International arbitration

149. — C'est convier la jurisprudence à un singulier travail de divination que de l'inciter à rechercher ce qu'a pu croire ou espérer unilatéralement le disposant car l'institué qui agit de son propre chef, se considérant comme tenu d'un devoir d'honneur, remplit une obligation de conscience, mais une telle obligation porte le nom de *fideicommissis*. Et la jurisprudence qui annule une disposition fideicommissaire ¹, comme constituant une interposition fictive contient, croyons-nous, une contradiction irréductible. Le fideicommissaire est un interposé réel en ce sens qu'il reçoit réellement les biens à titre de propriétaire. Nous rappelons que la question reste entière de savoir si l'interposition réelle ne tombe pas néanmoins sous le coup des prohibitions légales.

Le fideicommissis désigne en effet en droit moderne un vœu, une prière adressés par le *de cuius* au légataire ou l'exécution d'un devoir de conscience que s'impose ce dernier. Les auteurs et la jurisprudence en lui déniaient toute force juridique s'accordent pour y voir la source d'une obligation naturelle ². C'est ici que réside à notre sens l'irréductibilité de la notion de *fideicommissis* à celle de simulation, car reconnaître que le légataire n'est tenu qu'en conscience c'est dire qu'il pourrait à son gré retenir tout l'émolument de la libéralité. C'est reconnaître qu'au point de vue de la loi — sinon de la morale — sa qualité et sa vocation sont incontestables. Le *fideicommissis* étant reconnu juridiquement inefficace — qu'il soit d'ailleurs tacite ou expresse ³ — il en résulte nécessairement que le légataire a une vocation irrévocable ⁴.

Si l'exécution d'un *fideicommissis* est l'exécution d'une obligation naturelle c'est qu'un simple vœu du disposant est juridiquement insuffisant, par une condition purement potestative, à infirmer la qualité de l'institué. En s'en remettant à la seule conscience de ce dernier le *de cuius* a par là-même entendu le gratifier personnellement puisqu'il savait que son légataire restait libre de conserver les biens légués ⁵. A plus forte raison lorsque le *fideicommissis* est

and peace association). Il est vrai qu'Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*, n 21 *ter* déclarent cette circonstance insuffisante.

1. Paris, 8 novembre 1924. Abbé Félix Michel, D. P. 1924, 2, 458, n. A. L. V. observations critiques de M. Morel, *Rev. Crit.*, 1927, 259. Caen, 21 décembre 1905, D. P. 1907, 2, 345, n. anonyme critique. Civ. Cas. 1^{er} mars 1893, D. P. 1893, 1, 217. Cf. Liège, 6 juin 1928, Pas. 1930-2-142.

2. G. Ripert. *Règle morale*, n° 201. Planiol, Ripert, Trasbot, 5. n° 17.

3. Outre la forme précative du fideicommissis expresse, l'inefficacité du fideicommissis tacite résulte de l'article 1002 C. c. Où est d'ailleurs en ce cas, la volonté manifestée dont seule les auteurs veulent tenir compte (Garnier, pp. 31, 32), tout en déclarant néanmoins entendre par fideicommissis tacite le legs par personne interposée (p. 25) ?

4. L'inexécution d'un fideicommissis ne saurait donner lieu à l'action en révocation pour inexécution des charges.

5. C'est le raisonnement adopté le 7 janvier 1902 par la Chambre des Req. dans l'affaire Durand-Gasselin, D. P. 1903, 1, 302. L'institué dit la Cour de Cassation est « un légataire universel ayant une vocation personnelle à l'hérédité »

tacite et que le légataire, par affinité de sentiments avec le *de cujus* remet une partie de ses biens à un tiers, s'il ne fait qu'obéir par là à un devoir que lui impose sa conscience ou son honneur, dispose par sa seule volonté de biens qui juridiquement lui appartiennent. En toute hypothèse la qualité de fideicommiss est exactement contraire à celle de légataire apparent qui n'a jamais eu vocation à la propriété des biens.

150. — C'est pour éviter cette contradiction qu'une autre partie de la jurisprudence décide, avec raison à notre sens, qu'il n'y a pas interposition fictive sans accord entre le disposant et l'institué¹ dont l'objet serait de conférer à ce dernier une vocation purement fictive. A défaut de cet accord le légataire « a pu librement s'imposer comme un devoir de conscience... la charge de remettre... la moitié des biens qu'il avait recueillis, qu'en cela il a usé d'un droit personnel² ». Cette dernière jurisprudence est difficilement conciliable avec celle de la Chambre civile qui dans une instance où l'Administration de l'Enregistrement était en cause décide que l'exécution d'un legs verbal ne constitue pas un acte à titre gratuit et que sa « transmission ne procède pas directement du légataire universel qui opère la délivrance et qu'au contraire elle remonte à la personne même du testateur³ ». Par cet arrêt, la Cour de cassation confirme la décision des premiers juges qui avaient d'ailleurs repoussé toute notion de fraude et de simulation dont arguait l'Administration. Remarquons cependant et peut-être est-ce là le terrain de conciliation, que le legs pour être verbal n'en reste pas moins à l'égard du légataire une libéralité directe. Le *fideicommiss* quoique constituant une obligation du for intérieur réalise au contraire une charge, c'est-à-dire une libéralité indirecte. C'est dès lors cette notion de charge qu'il importe de préciser.

C. — LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DE LA CHARGE

151. — L'acte juridique ne réunissant pas les éléments constitutifs de l'interposition fictive que nous venons de préciser, ne saurait être interprété comme un acte simulé. Les parties qui recourent à la simulation ont un but — souvent illicite — à atteindre et il est à présumer qu'elles prendront d'autant plus soin d'échaffauder une combinaison efficace que celui-ci leur tient plus à cœur. Or il est bien certain que le recours à l'interposition fictive serait très souvent inefficace. Le concours à l'acte du bénéfi-

car « son legs est seulement grevé de charges qui ne relèvent que de la conscience et de l'honneur ».

1. En même sens Planiol, III, n° 2985. Planiol, Ripert et Trasbot, 5. n° 176.

2. Req. 14 juin 1880, D. P. 1881, 1, 257. V. aussi Req. 13 février 1892, D. P. 1892, 1, 360. Req. 15 décembre 1875, D. P. 1876, 1, 325.

3. Civ. Rej. 19 décembre 1860, D. P. 1861, 1, 17. Comp. Trib. Civ. de Cognac, 12 juillet 1934, S. 1935, 2, 139.

ciaire réel — évidemment impossible s'agissant de donations en faveur de personnes futures — ne validerait pas la donation dissimulée s'il émanait d'un autre incapable. S'agissant d'un legs, l'accord aux termes duquel le légataire n'aura qu'une vocation fictive créerait, si le bénéficiaire réel était un incapable, une vacance dans la propriété des biens, qui laisse prévoir par là-même que les parties auront rarement recours à ce procédé¹. Dans ces diverses hypothèses, où l'acte n'aurait qu'un sens qu'il est peu probable que les parties aient entendu lui donner, l'article 1157 du C. c. invite alors l'interprète, lorsqu'une clause est susceptible de plusieurs sens à « l'entendre plutôt dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet que dans le sens avec lequel elle n'en produirait aucun ». Or, si l'on interprétait toute libéralité par intermédiaire comme libéralité faite à un bénéficiaire dissimulé par une personne interposée, on aboutirait à refuser toute efficacité à de nombreuses libéralités qu'aucune disposition légale ne vient précisément interdire.

La simulation étant une opération compliquée en raison des précautions qu'elle nécessite nous ne saurions mieux faire qu'en rappelant comme application du raisonnement dicté par l'article 1157 du C. c., celui adopté récemment par la Cour de Bruxelles².

Au lieu de présumer l'interposition la Cour renverse le raisonnement trop fréquemment suivi et s'attache à démontrer que le disposant avait tout intérêt à faire une disposition testamentaire sérieuse. En remettant les biens à un tiers, en l'espèce une communauté religieuse, « cette transmission faite par les (légataires) aux associations n'est pas inconciliable avec leur droit de propriété puisqu'ils ont par là manifesté ce droit ». A côté des autres présomptions de fait, c'est une présomption plus grave, devant laquelle la Cour fait céder les premières, « celle qui résulte de ce que le *de cuius*, s'il voulait faire œuvre utile en faveur de la communauté, avait incontestablement intérêt à léguer véritablement ses biens aux intimés de façon à leur permettre, le cas échéant, de prendre... toutes les mesures qu'ils jugeraient opportunes plutôt que de faire une institution testamentaire fictive d'une communauté qu'il savait inexistante en droit ».

Si nous avons cru pouvoir relever dans la jurisprudence un certain flottement dans ses définitions de l'interposition³, nous

1. Cet accord constituerait-il un pacte sur succession future ?

2. Appel Bruxelles, 2 avril 1930, Pas. 1930, 2, 145. Cf. également Bordeaux, 13 janvier 1936, *Rec. des Sommaires de la jurisprudence française*, 1936, n° 266, qui déclare qu'en l'absence de présomptions graves, précises et concordantes la clause par laquelle la testatrice exprime son désir de voir servir aux confréries la maison léguée à un prêtre, est une charge du legs et non une interposition de personnes.

3. Nous verrons bientôt d'ailleurs que les solutions consacrées relativement à certaines espèces dans lesquelles la jurisprudence a cru voir une simulation, n'auraient pas été modifiées par l'application de notions différentes.

sommes par contre amenés à approuver en général sa position à l'égard des libéralités avec charges.

152. — Serait-ce un simple subterfuge que la qualification différente donnée à la charge ou à l'interposition : « Où est la différence ? écrit M. Planiol ¹, dans la réalité il n'y en a pas où il n'y en a que dans les mots et dans la forme... Au fond, la libéralité avec charge et la libéralité par personne interposée ne se distinguent pas, quand la charge est établie dans l'intérêt d'un tiers. C'est un seul et même procédé sous deux noms différents. »

Lorsque la jurisprudence utilise la qualification de libéralité avec charge elle tient au contraire à souligner que l'interposé reçoit réellement à titre de propriétaire, alors que la personne fictivement interposée n'a jamais eu la propriété. Cette seule différence montre que la distinction n'est pas purement verbale puisqu'elle correspond à des situations juridiques différentes. Et pour mieux voir qu'il n'y a pas dans l'emploi de la libéralité avec charge et par personne interposée un seul et même procédé, il suffit de songer à une libéralité adressée à une personne future et en particulier à la fondation.

Si l'on dit qu'il n'y a aucune différence, c'est la condamnation du procédé de la libéralité avec charge de fonder. Car, et en dehors même de la question de savoir si l'interposition est licite, s'il y a en l'espèce interposition fictive la libéralité adressée à un établissement à créer est impossible. L'interposition fut-elle licite, il n'y en aurait pas moins vacance dans la propriété des biens, l'interposé fictif n'ayant aucune vocation à celle-ci. C'est au contraire parce que dans la charge l'interposé est réel, la propriété des biens reposant dans son patrimoine, que la fondation est possible.

N'est-ce pas d'ailleurs ce hiatus dans la propriété des biens qui rend inefficace en pareille hypothèse le recours à un exécuteur testamentaire ? Notre ancien droit féodal connaissait au contraire sous le nom de « Salmann » et « Treuhand » des exécuteurs testamentaires, qui acquéraient la propriété des biens du disposant ². Ils étaient alors, et ils sont encore dans les législations étrangères qui connaissent l'exécution testamentaire sous cette forme, des personnes interposées mais réelles ³.

Enfin l'assimilation de la charge et de l'interposition condamnerait la substitution permise puisque la doctrine la plus récente y voit avec la jurisprudence une libéralité avec charge ⁴. Personne ne

1. Planiol, III, n°s 3015 et 3018.

2. Brissaud, pp. 495 et s., 654 et s.

3. D'où l'intérêt de la qualification d'interposition réelle ou fictive en Droit international privé. V. conclusions Lyon-Caen dans l'affaire de la Fondation Kastrioti sous Trib. Civ. Seine, 8 décembre 1924. *Rev. D. I. P.*, 1925, p. 76.

4. Civ. 28 février 1923, D. P. 1925, 1, 189, n. Plassard S. 1925, 1, 273, n. Vialleton. Planiol, Ripert, Trasbot, 5. n° 794 et les références citées.

met cependant en doute que pour être successive la vocation des intéressés et spécialement celle du grevé de substitution ne soit cependant réelle¹. C'est dès lors très justement que l'on observe « toute charge constitue... une interposition partielle² », mais à condition de préciser qu'il y a, au cas de charge, interposition réelle. Car les termes de la proposition ne sont pas interchangeables et il ne serait pas exact de dire que toute interposition constitue une charge c'est-à-dire une obligation juridique qui engage celui qui la souscrit. Cela n'est vrai qu'au cas d'interposition réelle ou de libéralité avec charge. L'interposé fictif ne s'engage au contraire à l'égard de personne puisque son rôle est de « pure forme³ ». C'est un paravent derrière lequel se dissimule l'une des parties. Son intervention ne fait que faciliter entre les parties véritables la conclusion de l'acte voulu, ce n'est pas elle qui la réalise, elle n'y ajoute rien. L'interposé fictif n'est pas partie à l'acte ou du moins, il ne l'est qu'en apparence, mais il ne doit pas s'arrêter à celle-ci, du moins dans l'analyse de la notion d'interposition. On pourra tenir compte de son intervention quand il s'agira d'en régler les effets, car si son intervention est génératrice d'un préjudice il sera tenu de le réparer. Son obligation ne naît pas alors de son engagement, mais de sa « participation à la fraude ».

L'obligation du grevé de charge à l'égard du tiers bénéficiaire a par contre sa source dans la volonté des parties. C'est toujours à l'existence d'un acte juridique sérieux que nous ramènent sans cesse nos recherches.

153. — Si l'on admet que la donation avec charge est une application de la stipulation pour autrui⁴, la charge étant « la condition d'une donation que l'on fait à un autre » (art. 1121 C. c.), elle réalise alors une libéralité indirecte et non pas dissimulée. Il lui manque pour cela, non seulement le concours de tous les intéressés, inutile au cas de la stipulation pour autrui, mais encore, si l'on reconnaît dans la technique de la donation avec charge l'application de la stipulation pour autrui, on admet nécessairement qu'il y a à la base de la stipulation une convention sérieuse qui lui sert de « support juridique⁵ ».

La stipulation pour autrui ne pouvant se présenter « à l'état nu » il ne nous paraît pas que l'on puisse en même temps parler de stipulation pour autrui et de déguisement⁶, mais seulement d'acte

1. Cf. en particulier Beudant, Lerebourg-Pigeonnière et Voirin, t. VI, p. 134.

2. Planiol, III, n° 3109.

3. Planiol, n. précitée D. P. 1890, 2, 185.

4. Civ. Rej. 16 novembre 1909, S. 1911, 1, 249. Lambert, *op. cit.*, p. 127 et s., 359 et s.

5. Savatier, *Rev. Trim.*, 1932, 505.

6. Comp. Nast. « Des libéralités testamentaires déguisées », *Rep. génér. du Notariat*, 30 septembre 1935, art. 24282.

indirect, lorsqu'on admet que le tiers bénéficiaire tient ses droits d'un contrat. Ainsi que son nom l'indique, ce dernier est étranger à la convention conclue entre stipulant et promettant qui peuvent seuls être considérés comme parties. Dans ce cas pour que l'article 1121 apporte vraiment une dérogation au principe de l'article 1165 il faut implicitement reconnaître une convention sérieuse à la base de la stipulation. L'effet « supplémentaire » produit par une convention à l'égard d'un tiers qui lui est étranger, effet qui constitue la stipulation pour autrui, ne pouvant pour être tel que venir s'adjoindre à un contrat préexistant. C'est cet effet reflexe, que nous avons déjà observé en d'autres circonstances, qui caractérise l'acte indirect.

Parler de déguisement dans cette hypothèse, ce serait, ici où il s'agit de simulation dans les sujets, admettre que celui qu'on qualifie de tiers bénéficiaire est en réalité partie à l'acte. Les mots eux-mêmes contredisent une telle supposition. Ou alors lorsqu'il en est réellement ainsi le prétendu tiers bénéficiaire tient ses droits, non pas de la convention apparente, parce que précisément elle est fictive, mais bien de la convention dissimulée à laquelle il a nécessairement participé.

Cette différence démontre qu'alors il n'y a plus stipulation pour autrui, la convention réelle développera ses conséquences légales entre les parties véritables, sans effet supplémentaire à l'égard des tiers au sens où on l'entend au cas de stipulation pour autrui.

154. — Le bénéfice de la charge réalise une libéralité indirecte ¹ à l'égard du tiers bénéficiaire et ce à un double titre. Indirecte la libéralité l'est à la fois et par l'acte qui la réalise et par la personne qui la lui remet.

Il y a peu de difficultés si celui qui exécute la charge conserve lui-même une partie des biens compris dans la donation — directe celle-là — qui lui a été faite par le donateur. Tout l'intérêt de la discussion se concentre sur l'hypothèse où la charge absorbe le montant de la libéralité. Intérêt surtout théorique car à notre connaissance la pratique jurisprudentielle révèle peu d'exemples de pareilles donations ², alors que sont fréquentes les donations avec charges partielles auxquelles s'applique *in parte qua* l'analyse que l'on en peut donner. Que la charge soit totale ou partielle la donation avec charges est un contrat commutatif. Mais il importe de remarquer aussitôt que la discussion se déplace. Il s'agit bien moins de mettre en doute la qualité réelle de l'interposé que de

1. Planiol emploie lui-même l'expression dans sa note au D. P. 1907, 2, 265.

2. Nancy, 6 février 1892, précité D. P. 1892, 2, 268, où la Cour a d'ailleurs vu un cas d'interposition. Rap. Civ. Rej., 5 février 1923, D. P. 1923, 1, 20, où s'agissant d'une souscription la Cour de Cassation déclare que « par sa nature » le contrat de souscription échappe aux formalités de l'article 931 C. c.

préciser la nature de celle-ci ¹. Or, à notre sens, la nature de la convention ne saurait être modifiée suivant l'importance de la charge. Pour qu'il y ait charge il est nécessaire qu'il y ait une convention juridiquement obligatoire. Mais cette obligation est suffisante car sa validité et sa force obligatoire sont évidemment indépendantes de l'importance de la charge par rapport aux biens reçus. L'obligation contractée envers le donateur constituant une contrepartie qui est la cause du transfert des biens consentis à l'intermédiaire, dans les rapports du disposant et de celui-ci, la convention est à titre onéreux. Il en est de même dans les rapports du grevé de charge et du bénéficiaire car en délivrant les biens, objet de la charge, le premier ne fait qu'exécuter son obligation ². Il ne donne pas, il paie.

Par contre le tiers qui reçoit la charge sans fournir de contrepartie s'enrichit gratuitement et c'est à ce titre qu'à son égard la donation est indirecte car il réalise sans contrepartie un profit qui lui parvient par l'entremise d'un acte onéreux ³. C'est là l'effet réflexe ou indirect de toute stipulation pour autrui, dont on rencontre déjà une application dans l'article 1973 C. c. pour le contrat de rente viagère et dans l'article 68 de la loi du 13 juillet 1930 pour le contrat d'assurance.

Arrivés à ce point du raisonnement nous aurions besoin de pouvoir utiliser un concept de la donation parfaitement précis puisqu'à côté de l'élément matériel il est nécessaire de retrouver l'intention libérale. Les auteurs qui se sont occupés de ce problème s'accordent à reconnaître qu'il est ici particulièrement complexe et délicat ⁴.

Toutefois cette intention libérale chez le donateur n'est pas absente. Elle se confond avec l'intérêt que porte au bénéficiaire le disposant, et cet intérêt moral qui est suffisant pour valider la stipulation est insuffisant à faire du bénéfice de la charge une acquisition à titre onéreux dans les rapports du disposant et du bénéficiaire ⁵.

155. — Mais, dira-t-on, si la convention intervenue entre le stipulant et le promettant est à titre onéreux n'y a-t-il pas simulation ou déguisement dans la nature de l'acte et par suite le prétendu donataire n'a-t-il pas une qualité fictive ? Certes le titre de donataire

1. Telle est en fait la véritable difficulté soulevée par le contrat de souscription Cf. n. Claro, D. P. 1903, 2, 121 et Appleton, D. P. 1920, 2, 65.

2. Planiol et Ripert, III, nos 3015 et 3016. Demogue VII, n° 801 *bis*. Rapp. Aubry et Rau, XI, § 701, texte et note 13.

3. *Supra*, 1^{re} partie, nos 28 et s. d'une façon analogue mais différente, car cet effet supplémentaire bénéficie alors à l'une des parties, à la convention, nous avons vu que le *negotium mixtum cum donatione* réalise une libéralité indirecte.

4. V. en particulier G. Ripert. Cours de doctorat, 1930-31. Champeau. Étude sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit, *Th. Strasbourg*, 1931, pp. 255 s.

5. Cf. Hamel. « La notion de cause dans les libéralités », *Th. Paris*, 1920, pp. 18 et s., 142 et 202.

convient mal à celui dont la charge absorbe entièrement l'émolument. Toutefois en l'absence du concours du bénéficiaire nous avons cru devoir nous refuser à voir dans cet intermédiaire une personne fictivement interposée. Nous ne croyons pas davantage que sa qualité soit simulée. Il reste en effet à qualifier la convention intervenue entre le donateur et l'intermédiaire, mais c'est là une question qui échappe à la volonté des parties. La qualification d'un acte est une question de droit¹, qui ne peut être donnée que par le juge. En présence d'une convention telle que celle analysée ici, c'est aux tribunaux à lui donner un *nomen juris* sans s'arrêter aux expressions plus ou moins exactes utilisées par les parties. Et l'on peut à juste titre s'étonner que la jurisprudence qui a analysé la donation avec charge comme un acte à titre onéreux, lorsqu'elle a voulu restreindre la domaine de l'article 900 du C. c., ou qui voit dans l'exécution d'un fideicommiss un acte à titre onéreux, hésite encore à qualifier de la sorte les rapports du disposant et du grevé de charge.

Mais nous avons dit qu'à la vérité les espèces étaient rares où la charge absorbait entièrement la prétendue donation, en sorte que la jurisprudence a pu, avec quelque raison, conserver le titre de donataire à la personne grevée d'une charge partielle. Toutefois, comme à notre sens, la nature de l'acte est indépendante de l'importance de la charge il ne sera pas inutile de montrer qu'il s'agit en général d'un problème de qualification et non de simulation.

Si l'on reconnaît l'existence d'une charge au caractère juridiquement obligatoire de la convention on admet implicitement mais nécessairement que les rapports des parties ont pour fondement une convention sérieuse.

Et en effet à la différence de ce qui a lieu au cas de simulation il est intervenu un contrat commutatif entre les parties. Le grevé qui a accepté et s'est engagé à exécuter la charge a fourni un consentement sérieux. A notre sens on peut lui conserver le titre de donataire avec charge, lorsque la charge est partielle. Cette qualification ou celle « de donation onéreuse » employée par d'autres auteurs² fait suffisamment ressortir le caractère complexe de l'acte. Lorsqu'au contraire la charge est totale il ne nous paraît pas possible de donner une qualification uniforme. En l'absence de tout contrat nommé³ il y a une question d'espèce à résoudre suivant les circonstances de la cause ce qui d'ailleurs, croyons-nous, ne saurait empêcher la Cour de cassation d'exercer son contrôle

1. Outre les raisons précédemment invoquées, n° 138, la distinction de la charge et de l'interposition nous paraît devoir relever à ce titre du contrôle de la Cour de Cassation.

2. Aubry et Rau, XI, § 701, p. 307. Baudry, Lacantinerie et M. Colin, n° 1136.

3. Aussi la Cour de Nancy le 17 mars 1920, D. P. 1920, 2, 65, qualifie-t-elle le contrat de souscription de « contrat innomé de bienfaisance à l'égard du bénéficiaire, commutatif à l'égard de l'organisateur ».

sur la nature fictive ou réelle de l'interposition pour contrôler les conséquences juridiques à déduire de faits souverainement constatés. Une pareille convention nous semble généralement comporter, comme au cas de mandat en nom propre mais dans des conditions de formation différentes ¹, représentation indirecte du donateur par le grevé avec des pouvoirs de disposition sur les biens dans la mesure nécessaire à l'exécution de la charge, pouvoirs qui ne sont pas révoqués par le décès du donateur.

Une autre considération de fait qui distingue la qualification inexacte de l'acte simulé achèvera de montrer qu'il n'y a pas simulation en l'espèce. L'acte exprime toutes les modalités de la convention, le montant et le bénéficiaire y sont généralement indiqués. Personne ne peut s'y tromper. L'acte contenant en lui-même tous les éléments du *negotium* voulu par les parties, il est possible au juge au seul examen du titre de reconstituer intégralement leur volonté. En possession de ces éléments de fait la seule difficulté qui se pose à lui, est non pas de rechercher ce qu'ont voulu les parties, puisque l'acte le dit ouvertement, mais de mettre un nom sur une convention dont le caractère commutatif évident ne présente aucune divergence avec un acte secret que l'on chercherait en vain. La pratique des donations avec charge à la différence des legs ne nous a pas révélé d'espèce où la charge fut secrète. En fût-il ainsi d'ailleurs et l'existence d'une véritable charge secrète étant prouvée qu'il serait encore possible de reconstituer l'acte voulu sauf à l'annuler si la charge était illicite.

156. — Il faut par contre croyons-nous faire une place à part au testament car sa réglementation particulière en fait l'instrument idéal pour réaliser un acte indirect. La pratique du legs sans émolument, fréquente surtout en matière de fondation, a accrédité chez les auteurs l'expression de : « Fondation par voie indirecte », ce qui laisse supposer, puisque la notion de libéralité indirecte a aujourd'hui un sens précis, que le legs avec charge n'est pas nécessairement une hypothèse d'interposition fictive.

Notre but n'est pas de prétendre résoudre, ni même examiner toutes les difficultés que soulève au point de vue juridique la question des fondations ².

Nous voudrions seulement à cette occasion rappeler comment à notre sens ici encore se manifeste le « principe d'économie des formes » que Ihéring plaçait à l'origine des actes indirects ³.

La pratique des legs sans émolument a-t-on dit ⁴ tend à éluder la

1. Sur la théorie du mandat en nom propre. Cf. *supra*, spécialement nos 124 s.

2. V. Coquet. « Les fondations privées d'après la jurisprudence française », *Th. Poitiers*, 1908. R. Savatier, n. D. P. 1928, 2, 123 et *Rep. génér. Prat. de notariat*, 1927, 1, 437.

3. Cf. *Supra*. Introduction, n° 7.

4. Lévy-Ullmann et Grunebaum-Ballin. « Essai sur les fondations par testa-

prohibition des substitutions. Mais la Cour de cassation elle-même a fait observer que l'exécution de la charge devant avoir lieu avant le décès du grevé exclut par là même toute obligation de conserver et de rendre après son décès ¹.

Quant à l'assimilation du légataire à un simple exécuteur testamentaire l'arrêt Durand Gasselin l'a repoussée par ce motif que le légataire universel ayant une vocation personnelle à l'hérédité ne saurait être assimilé à un exécuteur testamentaire *sui generis* ².

Le legs sans émolument nous paraît être un de ces procédés indirects ³ auxquels ont fréquemment recours les testateurs. Pour expliquer que l'interposition du légataire entre le disposant et l'œuvre ou les personnes à gratifier est réelle c'est-à-dire que le légataire a une vocation réelle aux biens transmis, il n'est pas besoin à notre sens de recourir à l'idée de stipulation pour autrui ⁴. Grâce à la forme testamentaire de la disposition, l'interposé, à la différence du grevé de charge dans une donation entre vifs, se voit attribuer des droits de natures différentes.

157. — Nous avons déjà essayé de montrer à propos de la réserve mentale comment la volonté des individus avait en matière testamentaire une part restreinte, pour qu'il suffise de renvoyer à nos développements antérieurs ⁵. Le testament nous paraît être en droit français un acte formel ⁶ dont l'adoption suppose sans doute à l'origine un acte de volonté mais qui cède aussitôt la place au statut juridique sous lequel il s'est placé. Aussi en présence de principes aussi certains que ceux en vertu desquels la vocation de l'institué n'est pas infirmée quel que soit le montant des dettes ou charges (argument de l'article 1046 C. c.) la doctrine la plus récente constate-elle, avec raison à notre sens, que « l'élément formel suffit en matière de legs. Toute disposition des biens contenue dans le testament constitue un legs quelle que soit l'intention

ment », *Rev. Trim.*, 1904, pp. 176 et s. V. aussi Lévy-Ullmann, n. S. 1905, 1, 137.

1. Civ. Rej. 28 juillet 1925 (Thomassin), Pas. 1926, 2, 15, s'agissant d'un legs de 260.000 francs la question aurait pu se poser, au cas où l'idée de substitution aurait été retenue, de savoir si la prohibition des substitutions s'applique lorsque la libéralité porte sur une somme d'argent. Sur l'opinion soutenue au texte. Cf Planiol, Ripert et Trasbot, V. n° 960. Beudant et Voirin, VI, p. 134 et Affaire de l'Académie Goncourt, S. 1905, 2, 78.

2. Req. 7 janvier 1902, D. P. 1903, 1, 302. P. Guyot. *L'exécution testamentaire dans la jurisprudence et la pratique notariale françaises*, 1914, Rousseau, éd. spécialement nos 78 et s.

3. Savatier, n. précitée D. P. 1928, 2, 123, 1^{re} col. *in fine* à propos du procédé du double legs conditionnel.

4. En ce sens Hemard, *Précis de Droit civil*, II, n° 1285. -

5. Cf. *supra*, 2^e partie, n° 105 s.

6. N'est-ce pas cette considération qui, jointe au souci de protection des droits de la famille, a conduit le législateur, dans l'article 901, et la jurisprudence, en matière de vices du consentement notamment de dol, à adopter des solutions qui sont dans l'ensemble plus larges qu'en matière de contrat.

du testateur et l'avantage procuré au légataire ¹ ». C'est pourquoi nous avons cru pouvoir admettre que seul un accord formel sur ce point entre le disposant et l'institué serait de nature à invalider la qualité de ce dernier. En son absence et par le fait même que sa vocation résulte d'un acte testamentaire régulier le titre du légataire grevé d'une charge totale est un titre réel.

Nous retrouvons dans l'adoption consciente d'un tel procédé l'une des caractéristiques que nous avons reconnues à l'acte indirect dans la première partie de notre travail, c'est-à-dire le recours à un acte dont les effets légaux sont plus étendus que ceux qui seraient nécessaires à l'obtention du résultat final. Mais on ne saurait en cette matière reprocher au testateur « l'emploi d'un acte juridique en vue de réaliser une situation dont un acte juridique différent est le générateur normal, auquel on n'a pas pu ne pas songer ² ». En matière de fondation à réaliser après le décès du disposant on a depuis longtemps reconnu la carence des formes juridiques. En substituant à un exécuteur testamentaire un légataire universel — ainsi qu'il advint pour le testament d'Edmond de Goncourt — le disposant doit savoir qu'il lui confère une vocation éventuelle sur tous ses biens. Dire que l'acte et par suite la qualité de l'institué ne sont pas sérieux est une pure affirmation que contredit ouvertement la substitution consciente et éclairée, comme c'était le cas en l'espèce, d'un légataire universel à un exécuteur testamentaire. L'intérêt qu'attache le testateur à l'exécution de la charge suffit à expliquer ce que l'on peut considérer comme un sacrifice à sa volonté dernière. L'indigence des formes juridiques justifie par ailleurs le procédé adopté.

Mais il importe de bien marquer le caractère contingent et vraisemblablement temporaire du procédé indirect. Si dans l'état actuel de la législation le legs avec charge est le seul acte juridiquement possible pour la fondation à créer après décès du disposant, et partant s'il est bien un acte non seulement voulu, mais nécessaire, ce n'est pas à dire qu'il n'y ait pas d'autres procédés concevables. Le procédé indirect du legs avec charge tient à l'insuffisance en droit français des pouvoirs de l'exécuteur testamentaire. Mais cet acte indirect disparaîtrait le jour où, à l'imitation de certaines législations étrangères, ses pouvoirs seraient élargis. Ce n'est pas en ce sens que paraît s'orienter l'avenir de la fondation en droit français et le projet élaboré par la Société d'Études Législatives en 1908 se prononce en faveur du legs adressé directement à l'œuvre à créer. Le procédé indirect ferait alors place au legs direct. Lorsque le droit se sera enrichi d'un nouvel instrument l'acte indirect aura vécu. Mais on ne saurait méconnaître les services qu'il aura rendus jusqu'alors.

1. Planiol, Ripert et Trasbot, V. n° 17.

2. P. Esmein, article précité : « La fraude dans les actes juridiques », *Rep. gén. Prat. du Notariat*, 1933, art. 23398, p. 143. Cf. également p. 148, lettre « D ».

Celui-ci n'est d'ailleurs pas sans danger et en y recourant ouvertement le *de cuius* n'a pas ignoré les conséquences possibles de son geste. Le légataire institué peut en effet se décharger de l'obligation qui lui est imposée et anéantir la fondation projetée en répudiant le legs. S'il accepte il profitera éventuellement de l'inefficacité de la charge. Autant d'éventualités qui font présumer que le disposant a entendu courir les risques que comporte l'acte adopté.

Les critiques adressées au legs avec charge se sont d'ailleurs modifiées, et l'on conteste moins la réalité du transfert que sa validité même. « L'interposition de personnes n'exclut pas le passage temporaire de la propriété aux mains de la personne interposée. Lorsque les père et mère, les enfants et descendants et l'époux de la personne incapable, sont réputés, aux termes de l'article 911, personnes interposées c'est bien lorsque le legs leur a été adressé personnellement ¹ ». Ainsi présentée, la discussion se déplace, il s'agit de savoir si les prescriptions légales joueront même au cas où l'institué est gratifié, ce qui suppose que son intervention est réelle. Après avoir essayé de dégager une double notion de l'interposition de personne, il nous faut maintenant préciser le domaine d'application des articles 911 et 1099 du C. c. C'est là une question relative aux effets qu'il nous reste à envisager.

§ 2. — *Les effets de l'interposition.*

158. — Il nous a paru jusqu'ici d'une saine méthode d'interprétation pour étudier la notion d'interposition, de ne pas nous arrêter au fait que la libéralité était ou non adressée à un incapable. Mais l'intérêt pratique d'une pareille étude s'accroît lorsque après avoir établi des distinctions à notre sens nécessaires, il faut aborder l'étude du régime juridique de la charge et de l'interposition.

Celle-ci peut intervenir entre personnes parfaitement capables, il ne reste pas moins utile, nous le verrons, de distinguer l'interposition fictive de la charge ou interposition réelle. On sait en outre qu'à côté des libéralités déguisées ² les articles 911 et 1099 atteignent celles qui sont faites sous le nom de personnes interposées. C'est une difficulté que de savoir si ces textes s'appliquent aux libéralités indirectes, au sens où nous avons entendu l'interposition réelle. Dans l'affirmative il est certain que la cause de nullité n'étant plus la simulation le procédé technique d'annulation devra être cherché ailleurs, et dès lors il n'est pas sûr que la nullité totale de la libéralité soit préférable à la réductibilité. Ce sont là autant de questions qui relèvent croyons-nous d'une façon indivisible de la dualité même de la notion d'interposition et qui nous amènent à examiner d'abord les effets de l'interposition que nous qualifions de licite, pour exposer ensuite les effets de l'interposition illicite.

1. Coquet, *op. cit.*, pp. 140, 141.

2. Cf. *supra*, 1^{re} partie, nos 34 et s.

A. — L'INTERPOSITION LICITE

159. — Par interposition licite nous entendons l'interposition, d'ailleurs fictive ou réelle, qui intervient en dehors des dispositions des articles : 911, 1099, et 1100. Il est bien certain en effet que la simulation peut intervenir dans les hypothèses où ne peuvent jouer les présomptions légales. Tel est le cas pour les personnes morales, à l'égard desquelles il ne peut être question de réputer interposées les personnes énumérées par l'article 911¹, tels sont encore les officiers du navire visés par l'article 995, 1^{er} alinéa que l'on s'accorde à écarter du champ de l'article 911. D'autre part même à l'égard des personnes atteintes par les textes ci-dessus la présomption peut ne pas avoir joué en fait, la personne interposée ayant été à dessein choisie en dehors de l'énumération légale. En toute hypothèse, suivant qu'il y aura charge ou interposition les conséquences seront bien différentes.

Au préalable une observation générale doit être faite en ce qui concerne l'observation des conditions de forme suivant que la libéralité a lieu entre vifs ou par acte de dernière volonté. S'agissant ici d'une donation réalisée par l'intermédiaire d'une personne fictivement interposée, il ne nous paraît pas douteux qu'elle soit soumise à la nécessité d'un acte authentique. Nous avons vu que la donation est alors directe et que le concours du donataire véritable est nécessaire². Pour être valable l'acte de donation et l'acceptation du donataire ne peuvent dès lors qu'être authentiques (art. 932 C. c.). A l'inverse la libéralité qui se réalise par stipulation pour autrui est soustraite aux formalités de l'article 931 C. c., du moins quand la charge est totale³, et même partielle elle dispenserait le tiers bénéficiaire d'acceptation authentique.

Quant au legs adressé à un légataire fictif l'absence de désignation du légataire réel en la forme testamentaire l'entache d'un vice de forme irréparable⁴. La Cour de cassation a admis au contraire la validité de la charge même secrète⁵.

Non moins profondes sont les différences qui séparent la charge de l'interposition quant à l'application des conditions de fond.

1. On sait qu'en matière de libéralités adressées aux congrégations religieuses, l'article 17 de la loi du 1^{er} juillet 1901 a d'ailleurs réservé la preuve contraire aux présomptions qu'il édicte.

2. Req. 12 mars 1918, Paulin Roy, S. 1921, 1, 71. Cet arrêt déjà analysé n° 147 est intervenu à l'occasion d'une espèce dans laquelle l'interposition bien que licite eût été déclarée néanmoins inefficace pour la raison soutenue au texte.

3. Civ. Rej. 5 février 1923, D. P. 1923, 1, 20. Planiol, Ripert et Esmein, VI, n° 356. Aubry et Rau, X, § 659, texte et notes 9 *ter* à 12 et XI, § 701, texte et notes 12 à 16. Demogue, VII, n° 857.

4. Garnier, *op. cit.*, n° 155, Lerebourg-Pigeonnière, Beudant et Voirin, *op. cit.*, n° 106. Rapp. *supra* n°s 105 s.

5. Civ. Cas. 4 novembre 1913 précité. Pandélaui, D. P. 1917, 1, 142.

Tout en réservant les questions qui relèvent des conditions de capacité, nous démontrerons que la notion même d'interposition commande un grand nombre de solutions en examinant les rapports des différents intéressés¹⁻³.

Rapports du disposant et de l'intermédiaire.

160. — Le rôle que nous avons été amenés à reconnaître à l'intermédiaire, dans notre étude précédente sur la notion d'interposition, conduit tout de suite à une conséquence importante.

L'intermédiaire, avons-nous vu, est partie à une convention sérieuse au cas de donation avec charge, au contraire c'est au donataire dissimulé que nous avons reconnu cette qualité dans la donation par personne interposée. Par suite si le donateur intente l'action en révocation cette action devra être dirigée contre son cocontractant, mais celui-ci ne sera pas le même suivant que l'interposition sera fictive ou réelle. La Cour de cassation a, conformément à la notion d'interposition que nous défendons ici, décidé que l'action en révocation pour inexécution des charges ne peut être exercée que contre le donataire dissimulé et non contre la personne interposée. La révocation profitera alors au donateur³.

Au contraire c'est le donataire grevé de charge qui encourait l'action en révocation, car c'est à lui qu'incombait l'exécution des obligations consenties. Dans cette dernière hypothèse la révocation survenant après acceptation du tiers ne le priverait pas en principe de son recours contre le promettant⁴, nous verrons au contraire qu'il pourra en être autrement si la libéralité, directe ou indirecte suivant le cas, était annulée comme illicite.

D'autre part s'il y a lieu à rapport ou réduction il faudrait dans l'estimation des biens tenir compte de la charge qui diminue d'autant la libéralité⁵, alors que la donation dissimulée devrait être estimée dans son intégralité.

1. Il ne nous a pas paru nécessaire, dans le rapprochement que nous faisons, d'entrer dans la discussion des principes mêmes de la stipulation pour autrui. D'une part en effet, nous ne faisons qu'appliquer ici les conséquences qui découlent des développements déjà consacrés à la notion d'interposition dans le paragraphe précédent ; d'autre part et surtout, la discussion de la théorie de la stipulation pour autrui en elle-même, ne nous semble pas toucher à l'objet que nous nous sommes assignés dans ce travail.

2. Sauf indication contraire, les développements relatifs à la libéralité indirecte s'appliquent à notre sens aussi bien à la donation qu'au legs. Là où nous parlons de stipulation pour autrui, il suffit de substituer au rapport contractuel qu'implique cette notion une obligation aux charges qui s'imposerait « *lege* ». Cf., *supra*, nos 156 et 157.

3. Civ. Rej. 24 mai 1913. Longefray, D. P. 1915, 1, 5. V. l'arrêt attaqué. Dijon, 20 mai 1909, D. P. 1909, 2, 53.

4. Aubry et Rau, IV, § 342 *ter*, n. 31. Planiol, Ripert et Esmein, VI, n° 366. Lambert, *op. cit.*, §§ 14 et 112. Comp. n. Bertauld, D. P. 1869, 2, 225. Comp. pour l'hypothèse de refus de la charge par le bénéficiaire, Colin et Capitant, II, p. 330.

5. Comp. Cass. de Roumanie, 21 juin 1934, S. 1935, 4, 17 et la note critique de M. Alexandre Cerban.

Rapports de l'intermédiaire et du bénéficiaire.

161. — Le bénéficiaire de la charge est créancier du grevé et, à ce titre, on lui reconnaît une action en exécution. Après quelques hésitations c'est un principe qui paraît définitivement admis en doctrine et en jurisprudence ¹. Les conditions que nous avons mises à l'existence de l'interposition fictive ne permettent pas de concevoir une pareille action en exécution puisque, tout au moins pour la donation, le concours à l'acte du donataire réel est nécessaire.

Rapports du disposant et du bénéficiaire.

162. — Créancier du promettant nous avons vu que le tiers réalise néanmoins un enrichissement gratuit si l'on envisage ses rapports avec le disposant. La libéralité indirecte sera dès lors soumise aux conditions de fond des donations notamment à l'action en révocation pour survenance d'enfant. Sur ce point s'il y a bien une similitude avec la donation directe dissimulée par un bénéficiaire fictif, laquelle ne saurait échapper à la règle de l'article 960 C. c., la ressemblance n'est cependant que dans les effets. Le fondement de la règle justifie l'application de l'action en révocation à titre de libéralité directe. Il faut par contre faire abstraction du caractère commutatif des rapports intermédiaires pour y soumettre, mais à titre de libéralité indirecte, la stipulation pour autrui ².

Le tiers bénéficiaire d'une stipulation est titulaire d'un droit direct à l'encontre du promettant et l'on exprime par là que ce droit — qui réalise indirectement la libéralité — est né au jour de la convention intervenue entre le stipulant et le promettant. Pareillement le donataire dissimulé tient bien son droit directement du donateur, mais alors que dans la stipulation pour autrui pour expliquer qu'il a cette qualité *ab initio* la doctrine fait généralement appel à la rétroactivité ³, cette explication est inutile ici.

Au cas d'interposition fictive le vice est originaire, l'interposé n'a jamais eu de droit, le contractant caché l'a toujours eu. Il n'y a

1. Req. 2 avril 1912, D. P. 1912, 1, 524. Civ. Rej. 16 novembre 1909, S. 1911, 1, 249, précité. Comparer à ce point de vue la note au D. P. 1886, 1, 465 et les notes de M. Planiol, D. P. 1905, 1, 425 et D. P. 1907, 2, 265.

2. Rap. Req. 7 mai 1919, D. 1921, 1, 131, qui soumet à cette cause de révocation le bénéfice d'une assurance sur la vie par cette considération qu'il y a bien « dans les rapports du donateur et du bénéficiaire une libéralité constituée au moyen de primes successives versées gratuitement dans l'intérêt du bénéficiaire ». En même sens, n. de M. Dupuich sous l'arrêt attaqué, Paris, 3 janvier 1918, D. P. 1918, 2, 33 et Aubry et Rau, XI, § 709, texte et note 8. Cf. également d'un point de vue plus général, n. de M. Planiol, D. P. 1893, 1, 401. Mais l'article 68, al. 2, de la loi du 13 juillet 1930, soustrait au rapport et à la réduction les primes versées par l'assuré, à moins qu'elles ne soient exagérées, en les considérant comme des donations de fruits et revenus. En ce sens, Trasbot, commentaire de la loi du 13 juillet 1930, D. P. 1931, 4, 36.

3. Cf. Demogue, VII, n° 841, comp. Planiol, Ripert, Esmein, VI, n° 362

là aucune rétroactivité mais une conséquence nécessaire des conditions d'existence d'une interposition efficace.

Le droit au bénéfice de la stipulation sera définitivement consolidé sur la tête du tiers bénéficiaire par sa déclaration « qu'il entend en profiter ». Ici encore il importe de souligner les différences qui séparent l'acceptation d'une libéralité indirecte par interposition réelle de l'acceptation d'une donation dissimulée. Nous avons déjà dit que si l'acceptation du tiers n'intervenait pas au moment de la conclusion de l'acte fictif il n'y avait pas jusque là contrat dissimulé de donation (art. 1932). La formation du contrat voulu est retardée jusqu'à l'acceptation, mais celle-ci ne peut intervenir postérieurement au décès du donateur ¹. Au contraire c'est un principe unanimement admis que l'acceptation d'une charge comme celle d'une stipulation peut intervenir après le décès du donateur ².

163. — Nous avons jusqu'ici supposé que l'existence du bénéficiaire était certaine, mais cette faculté d'accepter postérieurement au décès du stipulant nous amène tout naturellement à envisager une autre différence entre les interpositions. Il ne saurait s'agir d'inexistence, d'indétermination ou d'incertitude sur la personne juridique du donateur dissimulé par une interposition fictive puisqu'il doit dans notre conception concourir à l'acte voulu et que d'autre part le contrat ne peut être formé jusqu'à cette acceptation. Au contraire dans la théorie de la stipulation pour autrui le concours du tiers n'est pas nécessaire à la formation du rapport de droit. Que l'on rattache le droit direct du tiers bénéficiaire à une règle coutumière ³ ou à la volonté unilatérale du promettant, il n'est plus discuté que par son acceptation le tiers bénéficiaire rend, en principe, irrévocable ⁴ un droit préexistant en sa faveur. La question peut dès lors se poser ici de savoir si une

1. *Supra*, n° 144. Rapp. Trib. Civ. Seine, 7 juillet 1931, D. H. 1931, 452 précité et Civ. Rej. 28 janvier 1903, D. P. 1903, 1, 238, précité.

2. Civ. Cass. 1^{er} mai 1894 de Saint-Exupéry, D. P. 1895, 1, 69, aux motifs duquel on lit : « Si les libéralités faites en faveur d'un tiers sous la forme déterminée par l'article 1121 peuvent n'être pas soumises à la règle suivant laquelle une offre ne saurait être valablement acceptée après la mort de celui qui l'a faite, c'est dans le cas où il s'agirait de prestations mises à la charge du promettant comme mode d'exécution de l'obligation principale à laquelle elles se rattachent ». Solution confirmée en matière d'assurance par l'article 67 de la loi du 13 juillet 1930.

3. Planiol, Ripert et Esmein, VI, n° 362.

4. Colin et Capitant, II, pp. 328, 329.

5. A moins qu'il ne s'agisse de libéralités entre époux : Paris, 3 février 1934, D. P. 1936, 2, 54, note M. N. L'ancien droit établissait une distinction entre les stipulations à titre onéreux qui étaient révocables et les charges adjointes à une donation qui étaient généralement considérées comme irrévocables avant même l'acceptation du tiers bénéficiaire. Lambert, *op. cit.*, § 73, 74.

M. G. Madray nous apprend que la codification privée du droit des contrats aux États-Unis propose de consacrer cette solution de notre ancien droit (G. Madray, « Des contrats d'après la récente codification privée faite aux États-Unis » *Librairie générale de droit et jurisprudence*, Paris, 1936, n° 69.

personne qui n'existe pas au jour de la convention peut être valablement désigné comme bénéficiaire d'une charge.

S'agissant de donation avec charge, doctrine et jurisprudence admettaient sans difficulté qu'alors que le bénéficiaire n'aurait pu être gratifié pour une libéralité directe, la libéralité indirecte était parfaitement possible¹. Les libéralités indirectes aux personnes futures se trouvaient par là validées en bloc car, pour être bénéficiaire d'une charge, il suffit que le tiers soit déterminable au jour où la stipulation doit produire effet à son profit².

Ce raisonnement a reçu une force nouvelle depuis la loi du 13 juillet 1930 qui, mettant fin aux controverses antérieures, considère dans son article 63 comme faite au profit de bénéficiaires déterminés, l'assurance sur la vie au profit des enfants nés ou à naître et détermine elle-même le bénéficiaire au cas de décès de l'assuré remarié. La désignation du tiers, du moins au cas de disposition par testament et pour éviter la nullité du legs avec faculté d'élire, doit être faite par le disposant seul et doit, en toute hypothèse, intervenir avant son décès³.

Ces principes sont susceptibles d'entraîner d'importantes conséquences au point de vue fiscal. La Cour de cassation, faisant droit aux prétentions de l'Administration de l'Enregistrement, considère en effet qu'il y a disposition indépendante dans la charge adjointe à une donation principale de payer au décès de la donatrice une certaine somme à « ses héritiers naturels ». Cette stipulation constituerait « non une libéralité entre vifs saisissant actuellement et irrévocablement les donataires mais une disposition gratuite subordonnée au décès de la donatrice non seulement quant au paiement de la somme donnée, mais même quant à la détermination des personnes au profit desquelles devait s'opérer la mutation ». En conséquence, elle décide qu'il est dû un droit de mutation entre vifs sur la donation avec charge et un droit de mutation par décès lors de la délivrance de la charge⁴. Cette solution qu'à

1. Cf. en particulier la jurisprudence précitée en matière de fondation et Du Moustier. « Dispositions au profit de personnes indéterminées ou futures », *Th. Rennes*, 1925, p. 85.

2. Planiol, Ripert et Esmein, VI, n° 367 et s. Aubry et Rau, X, § 649, texte et notes 4 bis et 4 ter. Colin et Capitant II, pp. 333 et s.

3. Cf. en matière de legs avec charge et sur les pouvoirs des tribunaux en cas d'insuffisance de désignation du bénéficiaire. Req. 30 octobre 1934, D. H. 1934, 569. Rapp. en matière d'assurance, l'art. 63 al. final de la loi du 13 juillet 1930 et Req. 15 mai 1934, D. P. 1934, 1, 141. Rapp. de M. le Conseiller Pilon.

4. Civ. Cas. 21 mars 1860, D. P. 1860, 1, 141. En même sens, mais dans une espèce où la donation secondaire est expressément subordonnée à la condition de survie du bénéficiaire. Civ. Cas. 5 mars 1872, D. P. 1872, 1, 104. Le bénéfice de la stipulation « forme un des éléments de la succession » à défaut de désignation des bénéficiaires : Sol. Energ. du 13 février 1866, D. P. 1870, 3, 52. On sait qu'à ce point de vue l'article 6 de la loi du 21 juin 1875 considère également « comme faisant partie de la succession d'un assuré » le capital stipulé payable aux bénéficiaires à titre gratuit d'une assurance sur la vie.

notre connaissance la Cour de cassation n'a pas eu à reviser depuis, nous paraît, dans la mesure où elle fait application des principes du droit civil¹, refléter une conception des droits du tiers bénéficiaire, qui est dépassée par la doctrine moderne de la stipulation pour autrui. Reporter la naissance du droit à la charge au jour de l'exécution de celle-ci n'est-ce pas considérer ce droit comme conditionnel ainsi que l'enseignait la théorie de l'offre aujourd'hui abandonnée comme explication de la stipulation pour autrui ? L'événement du décès ne rend-il pas aisément déterminable, au jour où la stipulation doit produire son effet, les héritiers désignés collectivement et ne permet-il pas de cantonner les droits de chacun individuellement ? Il faudrait par suite décider qu'ils sont « saisis » au jour de la donation principale quelles que soient les fluctuations qui se produisent entre temps dans la collectivité bénéficiaire².

Nous avons dit précédemment³ pourquoi à notre sens la forme testamentaire commandait par contre une solution différente qui se trouve d'ailleurs coïncider avec la doctrine fiscale. La Cour de cassation décide en effet que le défaut de désignation des bénéficiaires par le disposant « n'ayant apporté aucun obstacle à la transmission sur la tête des légataires universels de l'intégralité des valeurs héréditaires », il s'est ainsi opéré une nouvelle transmission lors du paiement de la charge⁴.

A la faculté de gratifier par voie indirecte des personnes futures on a opposé l'article 906 C. c. aux termes duquel, pour être capable de recevoir, il faut être au moins conçu au moment de la libéralité. Les personnes futures étant, dans cette opinion, incapables, l'interposition serait dès lors illicite et devrait être sanctionnée par l'article 911 du C. c. C'est un des aspects de la question qu'il nous reste maintenant à examiner en étudiant les effets de l'interposition illicite.

B. — L'INTERPOSITION ILLICITE

164. — Si nous avons réservé jusqu'ici l'examen de quelques problèmes que révèle la pratique jurisprudentielle, lorsque les droits du bénéficiaire de la libéralité ont fait l'objet d'une réglemen-

1. Sur la théorie des dispositions dépendantes et indépendantes en droit fiscal. Cf. Pilon, *op. cit.*, nos 593 et 609.

2. En ce sens, Lambert, *op. cit.*, § 82, 101, 129.

3. *Supra*, n° 157.

4. Civ. Rej. 6 juillet 1871, D. P. 1871, 1, 343. Sol. Enregist., des 22 avril et 11 octobre 1867, D. P. 1868, 3, 94. Nous avons d'ailleurs vu dans un litige du même ordre fiscal la Cour de Cassation déclarer, au contraire, que la délivrance d'un legs verbal constituait un acte à titre onéreux et ne donnait pas lieu à la perception d'un nouveau droit de mutation car elle remontait à la personne même du testateur. Civ. Rej. précité, 19 décembre 1860, D. P. 1861, 1, 17, Comp. Trib. de Cognac, 12 juillet 1934, S. 1935, 2, 139 précité.

tation légale, c'est qu'une dernière question se pose lorsqu'on en recherche la portée d'application.

Le Code civil a sanctionné l'interposition de personnes sans en fournir de définition et c'est à notre avis une importante question que celle de savoir si la charge doit être comprise dans la prohibition. En supposant que l'on admette l'affirmative, il nous paraît que la sanction de l'interposition illicite ou de la charge illicite ne pouvant être indifféremment fondée sur la simulation doive comporter d'importantes différences qui tiennent encore ici à la notion d'interposition ¹.

La Chambre civile de la Cour de cassation tout en admettant la validité de la charge secrète a expressément affirmé à l'occasion de l'affaire Pandélieu déjà citée, que l'interposition ou la charge seraient nulles si elles étaient illicites ². Telle est également l'opinion de la majorité de la doctrine qui enseigne que pour recevoir à titre gratuit, les bénéficiaires d'une charge doivent notamment réunir les conditions de capacités exigées par la loi.

165. — Si l'examen des précédents historiques nous paraît favorable à cette interprétation on peut cependant regretter l'incertitude dans laquelle nous laissent les travaux préparatoires du Code civil, leur brièveté peut être attribuée à ce fait que ses rédacteurs ne trouvèrent pas ici leur guide habituel auquel ils empruntèrent la matière des donations. Nous faisons allusion aux ordonnances du Chancelier d'Aguesseau. On sait également que l'ordonnance sur les donations de 1731 ne traite pas des incapacités, et les travaux de M. le professeur Regnault nous apprennent qu'il était dans les intentions du Chancelier d'en traiter ainsi que de l'interposition dans une ordonnance séparée ³.

Lorsque Pothier écrit sur l'interposition de personnes dans les matières qui correspondent à l'objet des articles 911 et 1099 du C. c. ⁴, il paraît bien envisager celle-là comme une opération simulée.

Pour nous en tenir aux travaux préparatoires rappelons qu'en ce qui concerne l'article 911 si Favard n'y avait fait aucune allusion devant le Corps Législatif, le tribun Jaubert après avoir dit que le déguisement de la donation permettait d'éluder la loi, con-

1. Sur l'intérêt de cette qualification en droit international privé, cf. *supra*, p. 186, n. 3, adde M. Aftalion : « Des libéralités entre époux, de leur imputation et des conflits de lois qu'elles soulèvent », *Th. Paris*, 1932, p. 70. H. Mazeaud. Les conflits de lois relatifs à la capacité de recevoir à titre gratuit, *Rev. crit.*, 1926, p. 422. spécialement pp. 450 s.

2. Civ. Cass. précité, 4 novembre 1913, D. P. 1917, 1, 142.

3. H. Regnault, *op. cit.*, p. 99. Cf. notamment le questionnaire préparé par la chancellerie comprenant 52 questions correspondant aux articles 901 à 912 du C. c. et en particulier les questions 43, 44, 45. Regnault, p. 166.

4. Pothier, t. VII, *Traité des donations entre mari et femme*, p. 485; t. VIII, *Traité des donations testamentaires*, p. 263.

tinue en ces termes : « Par la même raison la loi devait déclarer que l'interposition de personnes ne saurait faire subsister la donation ¹... »

L'acception dans laquelle est prise l'expression « interposition de personnes » s'éclaire si on rapproche les paroles que prononcèrent les mêmes orateurs à propos de l'article 1099. Pour justifier la quotité imposée aux époux ayant des enfants d'un précédent mariage, Jaubert déclare que l'article 1099 est pris pour ne pas permettre « que ces donations puissent jamais excéder cette quotité qui est le dernier terme de la disponibilité en directe ² ».

Plus explicitement Favard déclare qu'il « fallait prévenir les donations indirectes entre époux par personnes interposées de la portion des biens qu'ils ne peuvent pas se donner. Le projet de loi les défend ».

Favard entendait-il rappeler la distinction entre la donation par personne interposée, donation directe, et la charge ou libéralité indirecte ? Il est vraisemblable qu'en « les » défendant il voulait prohiber les unes et les autres, continuant par là les solutions de l'Ancien Droit ³.

166. — Mais une autre considération doit nous conduire à l'affirmative. Cette solution appelle d'ailleurs des distinctions car le bénéficiaire d'une charge ne reçoit pas à titre gratuit du grevé de charge. Pour exiger de lui la capacité de recevoir à titre gratuit il faut envisager l'enrichissement indirect que réalise la charge sortie du patrimoine du donataire sans contre-partie de la part du bénéficiaire. Or, à ce point de vue, il importe peu, croyons-nous, que l'intermédiaire reçoive réellement les biens à charge de les rendre en tout ou en partie si le bénéficiaire est déclaré incapable de recevoir à titre gratuit. En effet les présomptions d'interposition de personnes édictées par les articles 911 et 1100 du C. c. sont des présomptions irréfragables contre lesquelles aucune preuve contraire n'est admise. « Elles doivent être appliquées toutes les fois qu'il y avait possibilité pour l'incapable de profiter de la disposition faite en faveur de l'une des personnes réputées interposées ⁴. » Ainsi entendues nous dirions que c'est surtout lorsque l'intermédiaire doit conserver une partie des biens que joueront les prohibitions légales car en ce qui concerne les biens qui constituent la charge, il les reçoit avec obligation de les rendre c'est-à-dire qu'il ne les reçoit pas à titre purement gratuit et la prohibition ne les concerne pas ⁵. Dès lors,

1. Fenet, XII, p. 584.

2. Fenet, XII, p. 622.

3. Brissaud, p. 675, texte et note 1.

4. Aubry et Rau, § 650 *bis*, p. 522.

5. V. cependant la théorie de Delvincourt suivant lequel l'article 911 atteindrait tous les actes à titre onéreux, conclus entre personnes frappées d'incapacité de recevoir à titre gratuit l'une de l'autre et sa réfutation *in* Aubry et Rau, X, § 650 *bis*, n° 8.

lorsque l'intermédiaire est lui-même effectivement gratifié la convention principale étant nulle, en raison de l'incapacité qui résulte pour les personnes interposées du caractère absolu de la présomption, la stipulation tombera par contre-coup.

167. — Mais en dehors de cette hypothèse, et lorsque les présomptions n'ont pas joué, la charge illicite ne peut être sanctionnée, suivant certains auteurs, que par un recours à la théorie de la fraude à la loi ¹. En toute hypothèse la dualité de la notion d'interposition de personnes conserve sa valeur. Il faudra alors établir la preuve de l'interposition ² ou de la charge illicite alléguées, preuve dont était dispensé dans l'hypothèse précédente le demandeur en raison du caractère irréfragable des présomptions. Au cas d'interposition fictive l'incapacité frappe une personne qui est partie à l'acte. Il s'agit au contraire d'atteindre un tiers si l'interposition est réelle. On comprend qu'à un titre différent correspondent peut-être des conditions de capacité différentes et que l'annulation ne produise pas nécessairement les mêmes effets si elle repose sur une cause différente. Pour exiger du bénéficiaire la capacité de recevoir à titre gratuit il faut en effet envisager l'enrichissement indirect qui lui est procuré. L'acte n'est alors illicite que par son résultat final, son but ultime, certains diraient par sa cause. Mais ainsi envisagée la théorie de la fraude à la loi ne jouera pas toujours. On est amené à distinguer suivant les incapacités ³.

168. — La jurisprudence n'a pas appliqué en général ⁴ la théorie de la fraude à la loi aux libéralités adressées aux personnes futures. C'est avec raison pensons-nous car il ne nous paraît pas exact que l'analyse de la fondation — à propos de laquelle s'est surtout manifestée cette jurisprudence — en un legs avec charge dût nécessairement entraîner la nullité au même titre que le legs avec charge au profit d'un incapable. La solution jurisprudentielle ne nous paraît nullement « démoralisante » lorsque, la notion d'interposition réelle étant admise ⁵, on recherche les conditions d'application de la théorie de la fraude à la loi.

1. Ligeropoulos, *op. cit.*, nos 75, 76.

2. Preuve qui à notre sens doit porter sur l'existence des éléments constitutifs dégagés, *supra*, nos 143 s.

3. Dans les développements qui suivent nous resterons sur le terrain de l'art. 911 du C. c., car en matière de libéralités entre époux la jurisprudence ne présente pas, à notre connaissance, d'espèce qui réponde au double caractère d'être une libéralité faite à un intermédiaire qui étant pris en dehors des personnes présumées interposées serait grevé d'une charge au profit de l'époux. Il ne s'agit d'ailleurs pas ici d'une véritable incapacité (V. cependant. Req. 25 juillet 1881, D. P. 1882, 1, 271 qui applique à tort l'art. 911 à l'enfant naturel bénéficiaire d'un don manuel en le réputant personne interposée à l'égard de sa mère).

4. Cf. cependant l'arrêt précité de Nancy, 6 février 1892, D. P. 1892, 2, 268

5. Ligeropoulos, *op. cit.*, n° 76.

6. M. Ligeropoulos, n° 75, reconnaît en effet que le grevé de charge reçoit réellement.

Si l'article 911 sanctionne même les libéralités indirectes encore faut-il que le bénéficiaire soit incapable, et il n'en est pas ainsi en l'espèce¹. Il ne suffit peut-être pas de constater que l'article 906 du C. c. ne s'applique ni aux libéralités indirectes, ni aux personnes morales puisque la théorie de la fraude à la loi prétend au contraire suppléer à la lettre de la loi. Mais ici elle porterait à faux car on ne retrouve pas les raisons qui en justifieraient l'application. La raison véritable de son exclusion tient à l'interprétation restrictive que l'en doit donner à la notion d'incapacité. A la base de celle-ci se retrouve toujours une idée de moralité ou de protection qui justifie la réglementation donnée à la condition de l'incapable, mais elle suppose toujours l'existence de ce dernier. Aussi a-t-on fait justement remarquer qu'il s'agit plus exactement d'une impossibilité matérielle qui fait obstacle à ce que les personnes inexistantes puissent être gratifiées directement². Le recours à une institution qui permette d'obtenir le résultat voulu n'est pas en lui-même une fraude à la loi surtout lorsque ce sont généralement des mobiles très louables qui le font rechercher.

169. — Avec l'hypothèse précédente où le bénéficiaire n'existe pas il convient de ne pas confondre celle où, quoique ayant une existence de fait, il ne jouirait pas de sa pleine capacité juridique. La question s'est surtout présentée pour les groupements et associations non reconnus d'utilité publique³. La charge aussi bien que l'interposition sont alors illicites et les décisions de la jurisprudence que nous avons cru pouvoir critiquer quant à la notion d'interposition eussent généralement abouti aux mêmes résultats en analysant l'acte comme une libéralité avec charge.

La capacité juridique reconnue aux associations déclarées, et à plus forte raison en est-il de même des associations non déclarées qui n'ont aucune personnalité, ne nous paraît pas comporter celle de poursuivre la délivrance d'une charge⁴ car l'article 6 du 1^{er} juillet 1901, qui régit la capacité générale des établissements non reconnus, énumère limitativement les opérations à titre onéreux qui sont d'ailleurs les seules autorisées.

Le paiement de la charge nous paraît dès lors tomber sous le coup de l'article 17 qui déclare : « nuls tous les actes entre vifs ou testamentaires à titre onéreux ou gratuit, accomplis soit *directement*, soit par personne interposée ou toute autre voie *indirecte*

1. Planiol, Ripert et Trabsot, V. nos 167 et 172. Aubry et Rau, § 649, n. 4 *ter*.

2. Sur ce point. Cf. Planiol, Ripert et Cassin, VI, n° 87. Beudant, *op. cit.*, VI, p. 150.

3. Patronage. Paris, 8 novembre 1924 précité, D. P. 1924, 2, 158. Couvent : Civ. 2 juin 1902. Marguerie, D. P. 1902, 1, 346. Fabrique : 27 décembre 1898, D. 1901, 2, 286 précité. Rapp. Liège, 6 juin 1928, Pas. 1930, 2, 342.

4. V. Demogue, « Capacité d'acquiescer des associations déclarées », *Rev. Trim.*, 1931, p. 1, spécialement p. 22 qui se prononce pour l'affirmative si l'importance de la charge est minime par rapport à celle du legs.

ayant pour objet de permettre aux associations légalement ou illégalement formées de se soustraire aux dispositions des articles 2 et 6... » Ce texte ne supposant pas pour son application que la sincérité de l'acte soit suspectée ¹ serait dès lors une manifestation de la théorie de la fraude à la loi ².

170. — La Cour de cassation a également déclaré que ne constituait pas une fraude aux dispositions de l'article 908 du C. c. la charge adressée à un enfant naturel lorsque celle-ci n'excède pas la quotité disponible ³.

171. — L'article 910 soumet l'acceptation des libéralités des établissements publics ou reconnus d'utilité publique à la nécessité d'une autorisation administrative. La jurisprudence applique assez souvent la notion de fraude à la loi ou, confondant en cela les deux hypothèses d'interposition, celle de simulation en fraude à la loi, lorsque l'institution du légataire lui paraît destinée à éviter la formalité de l'autorisation ⁴ ou ce qu'on appelle le droit de réduction administrative ⁵.

A juste titre les auteurs ⁶ ont objecté que l'acceptation d'une charge, et c'est ici l'intérêt particulier de la notion d'interposition, n'était pas soumise à la nécessité d'une autorisation. On ne voit plus dès lors en quoi consisterait la fraude. Quant au droit de réduction la Chambre civile de la Cour de Cassation dans l'arrêt cité en note, observe qu'il n'est en rien diminué par l'institution du légataire universel appelé à profiter éventuellement de cette réduction.

172. — C'est en effet un nouvel intérêt qui relève de la dualité de la notion d'interposition que celui de savoir quel sera le sort de la libéralité adressée à un incapable par personne interposée ou par voie indirecte, et d'autre part à qui du disposant ou de l'interposé, doit profiter la nullité ou la réduction de la libéralité.

1. Civ. Cass. 27 avril 1909, D. P. 1921, 1, 200 n. L. S., qui décide que « le législateur a entendu que tous les actes frappés de suspicion par l'article 17 produiraient effet... de la même manière sans qu'il y ait à distinguer entre eux suivant leur nature ou leur date ».

2. V. arrêts cités à la note 3 de la page précédente.

3. Req. 14 juin 1880 précité D. P. 1881, 1, 257. Comp. pour une hypothèse d'interposition Douai, 6 juillet 1932, D. P. 1933, 2, 47. Cf. pour l'article 909 et la charge adressée à un confesseur. Req. 21 novembre 1911. Goulinat, D. P. 1913, 1, 421.

4. Limoges, 27 décembre 1898. Ventelon précité, D. P. 1901, 2, 286, pour une hypothèse voisine. Rapp. Req. 16 janvier 1907, S. 1907, 1, 505 et la note de M. Jaubert, P. F. 1907, 1, 142.

5. Caen, 21 décembre 1905. D. 1907, 2, 345, comp. Civ. Cass. 1^{er} mars 1893, D. P. 1893, 1, 21 : n. Planiol.

6. Tissier. V^o Dons et legs, *Répertoire de droit administratif*, n^o 346. Planiol, Ripert et Trasbot, V. n^o 887, ces mêmes auteurs reconnaissent que « faire une libéralité à quelqu'un qui a la jouissance du droit de recevoir sans en avoir l'exercice ne saurait constituer une fraude », *op. cit.*, n^o 256.

Les principes dégagés nous paraissent de nature à faciliter la solution de ces questions.

Au cas d'interposition fictive l'acte conclu avec l'intermédiaire est sans doute nul puisqu'il ne correspond pas à la volonté réelle. Quant à l'acte dissimulé, voulu, on sait que la jurisprudence fait de l'interposition un cas de simulation « dirimante ¹ », et annule pour le tout la libéralité adressée à l'incapable. On a montré depuis longtemps ce qu'avait de faux au point de vue historique une telle solution puisque dans certaines hypothèses sanctionnées par les articles 911, la loi limite seulement la quotité des biens que peut recevoir l'incapable (et il en est de même de l'article 1099). Il semble par suite que la simple réductibilité serait plus respectueuse de l'esprit et de la lettre de la loi ².

Par contre si la charge doit être, dans les mêmes circonstances, tenue pour illicite, il nous paraît, par application de l'article 900 C. c., qu'elle doive être réputée non écrite. Telle n'est pas l'opinion de la jurisprudence mais la raison qu'elle en donne nous paraît reposer sur une confusion.

Lorsque la charge est adressée à un incapable ou prétendu tel les décisions précédentes parlent alors d'interposition, ce qui est exact, mais au sens de simulation, ce que nos développements antérieurs ont essayé de réfuter. Les décisions de la jurisprudence s'expliquent alors par cette double confusion, à la fois dans la qualification et dans la sanction. Or, à notre sens, la libéralité avec charge ne peut-être annulée pour cause de simulation. Pour prononcer cette nullité il faudra faire appel à la théorie de la cause. Mais le procédé technique étant différent ses effets seront-ils les mêmes ? En particulier l'attribution de la libéralité annulée profitera-t-elle à la même personne ?

L'annulation d'une libéralité réalisée à l'aide d'un intermédiaire fictif doit profiter au disposant ou à ses héritiers, puisque la seule personne qui devait réellement la recevoir est par hypothèse incapable. Telle est l'opinion admise en doctrine et en jurisprudence ³.

La charge illicite réputée non écrite devrait par contre accroître au bénéficiaire principal car l'inexécution de son obligation ne provient pas de son fait mais de l'incapacité légale du bénéficiaire. Tou-

1. Jossérand. *Mobiles*, n° 203. Douai, 6 juillet 1932 précité, S. 1933, 2, 47.

2. Cf. en particulier Garnier, *Th. précitée* spécialement pp. 105 et s. Nous ne croyons pas nécessaire d'entrer dans le détail de la discussion car celle-ci relève des effets généraux de la simulation auxquels, en principe, nous n'avons pas voulu nous attacher dans ce travail avant d'en avoir dégagé la notion même. Cf. les auteurs *pro* et *contra* cités Demogue, VII, p. 539, n. 1 et pour l'hypothèse de libéralité déguisée, *supra*, 1^{re} partie, n°s 34 et 35.

3. Planiol, Ripert et Trasbot, n° 175. Civ. Rej. 7 février 1912, précité (International arbitration and peace association), D. P. 1912, 1, 433. Civ. Rej. 24 mai 1913, D. P. 1915, 1, 5. Longefay, précité. Trib. Civ. Seine, 7 juillet 1931, D. H. 1931, 452. Leibshutz.

tefois l'intervention de la théorie de la cause, légitime dans son principe, vient modifier cette conséquence. Lorsque la charge apparaîtra comme la cause de la libéralité principale elle entraînera avec elle l'acte tout entier ¹. Les libéralités, principale et secondaire, se servant réciproquement de cause, on se rapproche ainsi, quant aux effets seulement, de la libéralité par personne interposée car la nullité totale profitera aux héritiers du disposant ². La jurisprudence dans cette recherche de la cause nuance d'ailleurs ses solutions en invoquant les pouvoirs souverains qui appartiennent au juge du fond. Elle s'attache aux motifs de la libéralité qui lui paraissent présenter un « caractère principal impulsif et déterminant » ³. Il n'est pas impossible dès lors de citer telles espèces où les tribunaux se livrent à une véritable reconstitution de la volonté du disposant ⁴. D'autre part ainsi transposée dans le domaine des motifs, il n'est pas certain, et les tribunaux n'y prétendent pas, que parmi les motifs qui ont pu dicter son geste au disposant, l'exécution de la charge soit celui qui a inspiré la libéralité principale ⁵.

La jurisprudence aboutirait ainsi grâce aux larges pouvoirs d'interprétation qui lui sont reconnus à assouplir la théorie de la cause en maintenant quand cela lui paraît possible les obligations du bénéficiaire principal ⁶.

La différence de régime avec la libéralité par personne interposée est alors des plus nettes. Il est vrai qu'on a également trouvé une application de la théorie de la cause dans l'article 911⁶, La qualité du donataire étant la cause de la libéralité, la donation par personne interposée serait alors sans cause. Nous pensons que lorsque le donataire dissimulé est incapable, la nullité s'explique tout aussi bien par l'incapacité du donataire. Car lorsqu'on parle dans cette hypothèse d'absence de cause on envisage l'acte apparent qui est fictif et non la donation dissimulée qui serait valable si le donataire était capable. La cause de l'acte simulé paraît alors se confondre avec la volonté des parties. C'est par l'examen de l'une des controverses auxquelles a donné lieu cette notion de

1. Hamel, *op. cit.*, p. 207.

2. Comp. Lyon, 17 mai 1935, D. H. 1935, 453 et Civ. Rej. 23 juillet 1913, D. P. 1915, 1, 49 n. de M. Mérygnac. Civ. Cass. 29 novembre 1912 (1^{re} espèce) D. P. 1917, 1, 107.

3. Civ. Cass. 4 novembre 1913. Pandélaux, D. P. 1917, 1, 142.

4. Cf. en particulier les observations de M. Savatier à propos de la fondation Mallet, sous Trib. Civ. Seine, 1^{er} février 1927, D. P. 1928, 2, 121.

5. Sur l'évolution de la théorie de la cause en cette matière. Cf. la note de M. Savatier sous Req. 15 juillet 1931, D. P. 1932, 1, 33. Rapp. Lyon, 17 mai 1935 précité, n. 1. Adde Planiol. Ripert, Trasbot, V, n° 273.

6. Martin. *Théorie des conditions impossibles, illicites ou immorales*, pp. 369 et 370, n. 1. Cf. Civ. Cass. 24 novembre 1891 de Bosmelet précité D. P. 1892, 1, 541.

cause que nous voudrions terminer notre étude des éléments matériels de l'acte simulé ¹.

1. Nous avons eu connaissance de l'arrêt de la Cour de Paris en date du 21 juin 1935, à une époque qui ne nous permettait plus de donner à la note de M. Savatier, qui accompagne cet arrêt au D. P. 1936, 2, 20, la place qui lui convient.

Nous sommes heureux d'y relever à l'appui de nos développements la thèse de la nullité de la charge illicite (D. P. 1936, 2, 20, 1^{re} colonne,, § 2 *in fine*) que l'auteur fonde sur la théorie de la cause. V. en même sens et à l'occasion de la même décision, la note de M. Niboyet, au S, 1936, 2, 1 notamment § III, p. 3, 2^e col., *in fine*.

CHAPITRE III

L'OBJET ET LA CAUSE DE L'ACTE SIMULÉ

173. — L'objet d'une obligation apparente est faux lorsque l'acte ostensible n'indique pas la volonté réelle des parties, l'acte simulé pourrait donc être considéré comme n'ayant pas en réalité d'objet (simulation absolue), ou comme ayant un objet différent de celui porté à l'acte ostensible (simulation relative). Quelques exemples pris dans la jurisprudence le montreront. Un prêt fictif étant assorti d'un hypothèque elle-même fictive il n'est pas douteux que l'affectation en garantie doit tomber avec l'obligation principale lorsque la remise des deniers, objet du prêt, n'a pas été faite¹. De même l'objet de l'obligation résultant du bail d'un immeuble n'est pas le même que celui résultant de la vente qu'il dissimule et il s'ensuit que le prétendu locataire ayant exécuté ses obligations ne peut être expulsé comme occupant sans droit².

Enfin, et il serait possible de multiplier les exemples³, l'objet d'un contrat de société n'est-il pas absent lorsque la mise en commun des apports et la souscription des actions ont été fictives⁴.

Nous ne pouvons prétendre examiner les différents objets sur lequel peut se faire l'accord des simulateurs⁵.

1. Req. 9 décembre 1930, S. 1931, 1, 107.

2. Req. 28 juin 1932, D. P. 1933, 1, 43, n. G. Madray.

3. Dans une vente fictive déguisant une donation, le prix, objet de l'obligation du prétendu acheteur, ne se retrouve pas. Cf. l'espèce de Civ. Cass. 4 avril 1933, D. H. 1933, 315. En matière de dissimulations fiscales le prix réel ne se retrouve que dans une contre-lettre, qui est alors nulle parce que son objet est illicite (L. 27 février 1912). Cf. Civ. Cas., 22 décembre 1934, G. P. 1935, 1, 166. En ce sens, Planiol, Ripert et Esmein, VI, n° 237.

4. Civ. Cas. 11 avril 1927, D. P. 1929, 1, 25, n. Pic. Mais on sait que la Cour d'Orléans statuant comme Cour de renvoi a rétabli la réalité des souscriptions, Orléans, 18 juillet 1928, D. P. 1929, 2, 65. Cf. *Supra*, 1^{re} partie, n° 29.

5. Pour les dissimulations fiscales. Cf. parmi la bibliographie récente : Maguet, *Journal des notaires*, 1935, art. 38, 465. Chapeau. « Des dissimulations de prix, *Th. Poitiers*, 1934. P. Esmein notes au S. 1934, 1, 241 et S 1933, 1, 321.

Le contrat de société est un de ceux qui donnent lieu aux simulations les plus fréquentes, aussi le législateur a-t-il pris récemment des mesures énergiques en étendant la faillite de la société aux administrateurs des « sociétés paravents » et en élargissant leur responsabilité pénale (décret-loi du 8 août 1935, art. 1 et 2). La simulation en cette matière a été étudiée d'un point de vue général (Pic, *De la simulation dans les actes de sociétés Chr.*, D. H. 1935, 33). D'autres aspects de la même notion ont fait l'objet d'études particulières. Bastian : La réunion de toutes les actions d'une société entre les mains d'une seule personne, *Journal des Sociétés*,

manifestations jurisprudentielles intervenues à propos de la notion d'effets de complaisance, nous verrons qu'en cette matière la cause ainsi entendue répond à une notion objective. Nous aurons à apprécier sa portée pour la distinction des effets de complaisance et d'autres opérations en apparence voisines.

Cet aspect de la notion de cause étant dégagé nous en rencontrons un second lorsqu'il faudra préciser les effets de l'émission d'une telle lettre de change. Dans les rapports des intéressés la jurisprudence fonde ses solutions sur la cause illicite ou immorale des effets de complaisance. L'expression est ici prise au sens subjectif.

A chacune de ces notions nous consacrerons des développements distincts en cherchant d'abord à préciser la notion d'effet de complaisance pour pouvoir ensuite, plus sûrement croyons-nous, en délimiter les effets.

§ 1. — *La notion d'effet de complaisance.*

175. — « J'accepte vos traites de... francs, aux échéances des... il est bien entendu que vous paierez ces traites vous-même à leurs échéances et j'agirai de même pour celles que je fournirai sur vous aux mêmes échéances et pour le même total que vous voudrez bien également accepter. » Tels sont les termes d'une convention intervenue entre deux complaisants. Sa lecture seule démontre que le tiré n'a nullement l'intention de s'engager à payer lui-même les effets qu'il vient d'accepter. Pour être sûr cependant de ne pas payer à découvert et comme l'opération intervient entre personnes aux abois il s'empresse en connaissance de cause de disposer sur le tireur pour la même échéance de traites d'une valeur égale que ce dernier lui rendra à son tour le service d'accepter. La convention du complaisant dont nous avons emprunté la formule à une espèce récente¹ aboutit presque fatalement à la création d'effets de « cavalerie ». Les auteurs ont suffisamment montré les dangers de ces procédés, cependant que d'autres mettaient exactement en lumière le conflit qui s'élève ici entre les nécessités du crédit et les exigences de la loi morale sans qu'il soit nécessaire d'y revenir².

Toutefois un nouvel examen de la jurisprudence ne nous a pas paru inutile car lorsqu'on soutient leur « nullité » alors que d'autres auteurs n'hésitent pas à en proclamer la « validité » l'une et l'autre

et s. Capitant. De la cause, n° 102. Celice. De l'erreur dans les contrats. *Th. Paris*, 1922, p. 120. Aubry et Rau, IV, § 345, texte et note 7 *bis* et 7 *ter*. Baudry, Lacantinerie et Barde, I, n° 304 et sup. par M. Bonnetcase, t. II, n°s 596 et s. Dabin. Théorie de la Cause. *Th. Liège*, 1919 spécialement n°s 23 s., 52, 139 s., 161 s. G. Madray note au D. P. 1933, 1, 43.

1. Riom 3 mai 1932, D. P. 1934, 2, 84.

2. Hamel. Comment défendre l'escompte contre la cavalerie. *Chr. D. H.* 1933, 85. Ripert. *Règle morale*, n° 26. Madray. Les effets dits de complaisance. *Rev. Crit.*, 1935, pp. 496 s.

opinion n'envisagent pas, nous semble-t-il, la même opération. Au surplus les partisans de la nullité ne s'entendent même pas sur le fondement de celle-ci. Peut-être cependant l'accord est-il bien près de se faire si l'on dissipe l'équivoque qui est à la base de ces discussions. Les effets de complaisance sont presque toujours destinés à l'escompte, et celui-ci tenant une place importante dans les opérations des banques françaises ¹, un essai de mise au point terminologique est donc ici particulièrement précieux ².

La distinction s'avère délicate en pratique lorsqu'il s'agit de distinguer l'acceptation de complaisance d'autres opérations et en particulier du crédit par acceptation ³.

La notion d'acte simulé doit à notre avis faciliter ici encore une discrimination indispensable.

Nous ne retiendrons pas l'opinion qui soutient, en se fondant sur le caractère unilatéral ou la théorie de la « création » de la lettre de change, que celle-ci n'est pas susceptible de simulation. En réalité cette conception n'a pas à notre connaissance été ouvertement adoptée en France et paraît contredite par l'abondance même de la jurisprudence en cette matière ⁴.

L'effet de complaisance est au contraire présenté comme un effet simulé émis à la suite d'une convention entre les parties ⁵.

176. — Cette conception aurait dû permettre de se mettre aisément d'accord sur une définition de l'effet de complaisance. Depuis longtemps la jurisprudence préfère s'en tenir à la théorie de la cause et voir dans l'obligation du complaisant une obligation sans cause (art. 1131 C. c.).

La théorie jurisprudentielle de la fausse cause n'a pas reçu en cette matière l'approbation des auteurs ⁶. C'est que la notion classique de cause déjà complexe en droit civil prend une signification peut-être différente si on la transporte dans le droit du change.

1. Les effets escomptés par la seule Banque de France dans la semaine du 5 au 12 juin 1936 s'élevaient à 1.086 millions (*Le Temps*, du 19 juin 1936).

2. Aux sanctions pénales de la banqueroute simple (art. 585-3°, C. com.) et à celles de l'escroquerie dont l'incrimination ne va pas sans difficulté (Madray, art. cité, n° 19 s.), il convient de rappeler que la jurisprudence rattache à l'émission d'effets de complaisance : la conversion possible de la liquidation judiciaire en faillite (Req. 11 avril 1935, D. H. 1935, 301) et l'état de cessation de paiement (Paris, 20 juillet 1934, D. H. 1934, 561).

3. Cf. Walther. « Crédit par acceptation et effets de complaisance ». *Th. Paris*, 1910.

4. Cf. l'exposé de cette doctrine par : L. Cariota Ferrara qui la repousse d'ailleurs : « Sulla simulazione nei negozi cambiari », *Riv. Dir. Com.*, 1933, 1, 41. Les auteurs partisans de la nature abstraite et formelle de la lettre de change aboutissent en fait à des résultats analogues. Cf. Lacour et Bouteron, II, n°s 1394 et s. Comp. Thaller et Percerou, II, n° 1447 et Lescot « Des effets de commerce », I, n° 74.

5. Cf. Madray art. cité n. 2, p. 13. Perroud. *An. Dr. Com.*, 1905, p. 1. « Cette convention qui, dans les rapports du tireur et du tiré vient neutraliser la première constitue une véritable contre-lettre. »

6. Lacour n. D. P. 1912, 1, 181. Lescot, n. S. 1928, 1, 361. Madray, art. cit., n°s 7 s.

Ce sont ces acceptions qu'il nous faut préciser. La confusion du moins dans les décisions récentes, n'étant peut-être pas telle qu'on l'a voulu dire.

Pour qu'il y ait véritablement ouverture de crédit, rappelait encore récemment la Cour de Caen¹, « encore faut-il que ces opérations ne soient point fictives, que l'ouverture de crédit soit réelle ; que la création de la lettre de change ne serve point par une collusion entre les parties... à créer une circulation sans cause ou faussetment causée contraire à l'ordre public et nulle par application des articles 6 et 1131 du C. c. ».

Par ce considérant la Cour de Caen se rallie à un critérium maintes fois consacré par la Cour suprême². Normalement en effet, le tiré est débiteur du tireur et cette dette, ou sa contre-partie, la créance du tireur, constitue la provision ou la cause de la lettre de change. Si ces contre-prestations ne se retrouvent pas, quel que soit d'ailleurs le contrat à l'occasion duquel elles sont intervenues, la création de l'effet est sans cause³.

177. — Cette conception objective de la fausse cause de la lettre de change, qui peut s'appuyer sur les termes de l'article 5 de la loi du 24 Germinal An XI⁴, a tout naturellement soulevé les critiques des auteurs partisans de l'acte abstrait. Il importe peu dit-on que le tiré ait provision puisque la validité de la traite est indépendante de sa cause, c'est-à-dire du contrat intervenu entre les signataires. Au surplus on fait observer⁵ que cette conception ne permettrait plus de distinguer l'effet de complaisance de l'ouverture de crédit puisque dans le premier cas la cause de l'acceptation du complaisant, c'est la promesse de faire les fonds à l'échéance et cette promesse encore qu'elle puisse ne pas se réaliser n'en a pas moins été faite réellement.

Où est la différence entre l'hypothèse dans laquelle le créiteur après avoir remis les fonds qu'il a promis au crédité tire des traites majorées du montant de la commission qu'il négocie ensuite à son banquier, et celle où le complaisant après avoir escompté les effets en fait parvenir le produit au tiré⁶. Dans les deux hypothèses le

1. 9 juillet 1935, D. H. 1935, 563.

2. Req. 18 octobre 1886, D. P. 1887, 1, 340. Req. 21 avril 1910, D. P. 1912, 1, 281. Req. 11 avril 1935, D. H. 1935, 210 (motifs). On retrouve la même expression à propos des titres au porteur. Req. 27 mai 1912, D. P. 1913, 1, 529. Civ. Rej. 25 avril 1931, D. P. 1931, 1, 62.

3. Cf. les conclusions de M. l'avocat général Feuilloley, D. P. 1912, 1, 288, 2^e col.

4. Qui interdit à la Banque de France d'escompter les « effets dits de circulation créés collusoirement entre les signataires sans cause ni valeur réelle ».

5. Lacour, n. D. 1912, 1, 281 et *An. Dr. Com.*, 1931, pp. 5 et s.

6. Comp. les espèces de Req. 12 avril 1926, S. 1928, 1, 361, Civ. Rej. 16 juillet 1928. *Sem. Jurid.*, 1928, 1129, S. 1929, 1, 57 et Lyon, 30 avril 1897, D. P. 1897, 2, 385. n. Thaller, S. 1900, 2, 153, n. Wahl.

tiré n'est pas moins nanti à l'échéance d'une provision ou, tout au moins, des moyens matériels de faire face à la lettre de change.

178. — Au surplus, et c'est une observation qui n'a peut-être pas été suffisamment prise en considération, la provision envisagée comme étant la cause de la lettre de change ne rend compte qu'incomplètement de l'opération cambiaire. La cause d'une traite constatant une opération de change *stricto sensu* n'est pas la provision mais la valeur fournie, c'est-à-dire les prestations échangées entre le tireur et le preneur. Cette dernière seule, devait, avant la loi du 8 février 1922, être indiquée sur la lettre de change, « l'autre, la provision, peut être passée sous silence et l'est presque toujours ¹ ».

Dans sa fonction cambiaire la lettre de change est essentiellement émise à l'ordre d'un tiers bénéficiaire. Par contre lorsque la lettre est émise à l'ordre du tireur aucun contrat de change n'intervenant elle s'analyse en un billet à ordre ². La confusion entre provision et valeur fournie, chacune étant la cause de rapports distincts entre le tireur et le tiré d'une part, et le tireur et le preneur d'autre part, conduit parfois la jurisprudence à des solutions qui paraissent critiquables ³. Quoi qu'en ait dit la Chambre des Requêtes l'indication de la « valeur reçue » ne vise pas les rapports du tireur et du tiré ⁴, mais bien ceux du tireur et du preneur. Le défaut de cause, dont la preuve incombe à celui qui entend contester l'exactitude des mentions portées sur le titre n'empêcherait pas d'ailleurs le porteur d'en poursuivre le recouvrement sauf au tiré à exciper des exceptions opposables au tireur. Nous avons vu, d'accord en cela avec la Chambre civile de la Cour de cassation, qu'il pouvait y avoir dans ce cas mandat dissimulé ⁵.

Mais telle n'est pas l'opération généralement réalisée par l'effet de complaisance et c'est en ce sens pensons-nous que la dualité de la notion de cause ne permet pas, sans autre précision, de caractériser l'opération envisagée.

Serait-on amené à abandonner tout essai de distinction sous peine de fausser à la fois la conception courante de provision et celle de cause ?

179. — On a alors fait appel au principe souvent rappelé suivant lequel la simulation n'étant pas par elle-même une cause de nullité la fausseté de la cause de l'acte simulé n'empêcherait pas d'établir l'existence d'une cause réelle. On serait amené à

1. Thaller et Percerou, n° 1350 en même sens Lacour, *An. Dr. Com.*, 1931, art. cité. Lescot, *op. cit.*, n° 120, Lyon-Caen et Renault, IV, n° 91. Cf. Lévy-Bruhl. *Histoire de la lettre de change*, pp. 83 et s., Paris, 1933.

2. Thaller et Percerou, n° 1348.

3. Cf. notamment Req. 19 janvier 1933, S. 1934, 1, 88, analysé *supra*, p. 163, n. 3.

4. « Il y a là une équivoque » écrivent MM. Thaller et Percerou, n° 1350.

5. Civ. 18 juin 1927, D. H. 1927, 465, *supra*, n° 131.

distinguer les bons des mauvais effets de complaisance car si l'effet de complaisance constitue un acte simulé, « la simulation n'est pas à elle seule une cause de nullité et ne suffit pas à l'annuler¹ ». La Cour de cassation dans son arrêt déjà cité du 12 mars 1926 déclare également « qu'il y a lieu de faire une distinction entre les effets de complaisance purement fictifs et ceux qui ont une cause licite et valable ».

Cette conception assez généralement adoptée² nous paraît trop large et procéder en partie d'une notion erronée de l'acte simulé, en partie d'une confusion entre ce dernier et l'acte indirect.

Pour appliquer l'expression d'effets de complaisance à des situations différentes et afin de ne pas reprendre les qualificatifs singulièrement fuyants de bons ou mauvais effets de complaisance d'autres auteurs sont en effet amenés à préciser s'il s'agit d'effets de complaisance « réels » ou « fictifs »³. Le rapprochement des mots effets de complaisance réels ne nous paraît pas heureux si la convention de complaisance désigne ici, ainsi que nous le croyons, un acte simulé. La complaisance est un de ces accords de volontés non juridiques desquels nous avons vu⁴ qu'il ne pouvait résulter aucun effet contractuel.

180. — Tel est bien le sens de la déclaration du complaisant puisque de la définition même il ressort que l'accepteur n'entend pas s'obliger personnellement à « honorer » l'effet mis en circulation. Mais il est en outre convenu avec le tireur que son intervention n'a d'autre but que celle de permettre la négociation de la traite en faisant croire à l'existence d'une obligation juridique.

Accord initial en vue de tromper : nous retrouvons là les caractéristiques de l'acte fictif. L'accepteur consent, par complaisance à apposer sa signature sur l'effet pour en permettre l'escompte. Si par suite, il est néanmoins tenu de payer au porteur de bonne foi, nous verrons que son obligation loin de découler de sa volonté lui est au contraire imposée par d'autres principes que celui de la force obligatoire du consentement. Il paie alors très certainement contre son gré car dans son engagement apparent il n'avait à envisager que l'émission de la traite et non son échéance en raison même de l'assurance qui lui était donnée par le tireur de lui faire parvenir les fonds.

Peu importe pour qualifier les rapports des parties qu'il y ait provision à l'échéance car il s'agit uniquement de démontrer ici

1. Hemard, note sous Amiens, 9 janvier 1903, S. 1903, 2, 241.

2. Pic, n. D. P. 1934, 2, 84. Chéron, n. D. P. 1928, 2, 163. Thaller, n. D. P. 1897 2, 385. Hemard, n. précitée et « Des effets de complaisance ». *Th. Paris*, 1900 1^{er} p. 52, s.

3. Naquet, note au S. 1913, 1, 297.

4. *Supra*, 1^{re} partie, n° 38 s.

5. Comp. avec l'acte *jocandi causa*. *Supra*, 1^{re} partie, n° 37 et s.

que l'acceptation du tiré était fictive. Or elle pourrait avoir ce caractère malgré l'existence d'une provision dans le cas notamment où l'effet serait créé et accepté pour une valeur supérieure à la provision réelle. Il n'y en aurait pas moins effet de complaisance encore au cas où les fonds lui seraient effectivement fournis peu avant l'échéance en particulier par la négociation d'un second effet de cavalerie. Nous nous sommes constamment placés à l'époque de la formation de l'acte pour déceler l'acte simulé. Une telle provision « est un leurre. C'est la traite elle-même ou son renouvellement qui en procure l'aliment ¹ ». Le paiement ne peut être considéré comme l'exécution d'une obligation du complaisant. Le tiré n'a alors accepté les traites qu'à la condition de ne pas payer : « à la condition expresse qu'il serait couvert de leur montant avant leur échéance, ne prêtant nullement son crédit... mais uniquement sa signature ². » C'est dire que son acte purement apparent est dépourvu dès l'origine de toute volonté juridique.

181. — Toute autre est la situation qui résulte de l'analyse de la volonté exprimée sur ce qu'on appelle le bon effet de complaisance. « Celui-ci ne répond à aucune opération commerciale ayant servi de base à son émission, le tireur et le tiré, le souscripteur et le bénéficiaire contractent un engagement réel sans être certains qu'il pourra être exécuté ³. »

A notre sens si l'engagement est réel il n'est pas simulé et partant l'effet n'est plus un effet de complaisance. Lorsque le prétendu complaisant accepteur ou souscripteur de l'effet a eu dès l'origine l'intention de s'engager réellement il ne nous paraît pas utile de parler de complaisance.

Pour la qualification juridique de son engagement peu important alors les motifs de son intervention que ce soit pour rendre service ou pour toute autre raison, il n'a pas moins souscrit un engagement qui fera naître à sa charge les obligations cambiales d'une lettre de change ordinaire.

Si la lettre était émise en paiement de marchandises à livrer et qu'à l'échéance celles-ci ne soient pas encore parvenues entre les mains du tiré par suite d'un retard de fabrication ou de livraison l'effet ne sera pas un effet de complaisance.

182. — Il y aura d'ailleurs toujours provision à l'échéance lorsque l'ouverture de crédit est réalisée par voie de traites tirées sur le créancier. Celui-ci étant alors effectivement débiteur du crédit jusqu'à concurrence du crédit consenti, la provision consistera

1. Thaller D. P. 1897, 2, 385. Cf. Trib. de Com. de Saint-Etienne, 17 octobre 1933. *Rev. Dr. Soc.*, 1934, 2, 97.

2. Riom, 3 mai 1932 précité.

3. Hemard, n. précitée, S. 1903, 2, 241.

dans le crédit ouvert¹. Par contre lorsque l'ouverture de crédit est consentie par le tireur, s'il n'y a pas provision lors de l'émission de la traite ce qui ne saurait entacher sa validité, à l'échéance, le créancier sera créancier du tiré soit qu'il en ait adressé le montant au crédit, soit que le tiré ait lui-même négocié l'effet auprès de son propre banquier lequel s'adressera au tireur lors de l'échéance². Dans l'un et l'autre cas la provision consistera ici encore dans l'avance de fonds consentie. Enfin il ne nous paraît pas qu'il y ait absence de provision lorsque le prétendu complaisant intervient, soit comme tiré³ soit comme tireur⁴ pour permettre à son correspondant une ouverture de crédit auprès d'un banquier escompteur. C'est surtout pour cette dernière catégorie d'effets qu'a surgi la controverse.

On évite toute difficulté en admettant avec certaines législations étrangères que la provision n'est pas une condition de validité de la lettre de change et c'est en faveur de ce système que se sont prononcés quelques auteurs qui voient dans ces *effets dits de cautionnement* des effets de complaisance⁵.

Sans entrer dans cette controverse qui dépasse le cadre de notre étude, il nous paraît que lorsque le tiré s'engage sérieusement envers les porteurs à garantir le paiement des traites il s'engage par là même envers le tireur. Sans doute dans la définition courante la caution s'engage-t-elle envers le créancier mais cet engagement, pris ici envers le porteur, n'en présente pas moins pour le tireur une valeur actuelle qui peut-être mobilisée en vue de l'escompte. A l'égard de ce dernier l'engagement du tiré — sauf à préciser par la suite s'il s'agit bien d'un cautionnement — constitue la provision de la lettre de change si l'on admet que la provision, qui peut être constituée par un tiers, peut l'être également par le tiré se constituant débiteur à l'égard des tiers porteurs pour le compte du tireur⁷.

A la différence du complaisant qui n'a jamais eu l'intention de s'obliger, ici le signataire l'a toujours eu. Son obligation découle directement de sa souscription de la lettre de change laquelle ne

1. Paris, 13 novembre 1926, D. H. 1927, 73. Trib. Com. Saint-Etienne, 23 novembre 1933. *Gaz. Com. Lyon*, 1934, 318. La cancellation de la formule d'acceptation emporte révocation de l'ouverture de crédit, Paris, 29 novembre 1935, D. H. 1936, 58.

2. Req. 12 mars 1926, S. 1928, 1, 361. n. Lescot.

3. Req. 30 décembre 1931, D. H. 1932, 65. Req. 17 novembre 1909 précité.

4. Req. 12 mars 1926, précité.

5. V. l'exposé de ces législations, Lescot, *op. cit.*, n° 331.

6. V. Notamment Hemard. *Th. citée*, pp. 42 et s.

7. Cf. Conclusions de M. l'avocat général Feuilloley sous Req. 17 novembre 1909, D. P. 1912, 1, 286, 1^{re} col. *in fine*. Ce raisonnement se trouve confirmé par la jurisprudence qui parlant de cause dans les rapports du tireur et du tiré entend par là la provision et déclare en même temps que ces opérations ont une cause licite et valable dans une opération de cautionnement.

présentant aucune divergence avec sa volonté réelle n'a pas besoin d'une qualification spéciale.

183. — En résumé nous croyons que la notion d'effet de complaisance doit être séparée de la théorie de la cause pour être basée uniquement sur la volonté des parties ¹. Ce qui caractérise l'effet de complaisance, écrit M. Lescot ², « c'est moins le défaut de provision entre les mains du tiré au jour de l'émission que l'absence chez le complaisant qui prête sa signature de l'intention de s'obliger réellement vis-à-vis des tiers ».

Conception sans doute restrictive, mais qui rejoint exactement celle de l'acte simulé et qui peut ainsi s'appliquer au billet à ordre pour lequel la théorie de la provision n'intervient pas.

Conception à laquelle paraît bien d'ailleurs se rattacher la jurisprudence récente. Lorsque pour distinguer la lettre de change réalisant une ouverture de crédit elle déclare : « qu'en signant comme tireur des effets litigieux P... a entendu se porter caution solidaire de B... ³ ». Elle souligne au contraire, que non seulement le complaisant ne devait personnellement rien au preneur « avant » la création de la traite, ce qui ne suffit pas à caractériser l'effet de complaisance, mais surtout elle ajoute : lorsqu'il s'agit d'une véritable traite de complaisance « qu'en la souscrivant il n'avait nullement entendu garantir la dette d'autrui ⁴ ». Par ces expressions la Cour suprême se place exclusivement à l'époque de l'émission, la seule qui soit à envisager dans l'analyse de l'acte simulé.

Une observation à laquelle il nous paraît difficile d'échapper peut en dernier lieu être faite à la doctrine qui s'appuie sur le principe que la simulation n'est pas en soi une cause de nullité. Ce principe suppose que derrière l'acte apparent se cache un acte qui peut être licite.

Or tel n'est pas le cas de l'effet de complaisance. Dans notre conception la déclaration du complaisant est purement fictive ⁵ et ne déguise aucune autre opération. C'est un cas de simulation absolue.

La jurisprudence qualifie généralement l'opération de cautionnement solidaire. Ce serait derrière la cause simulée de la lettre de

1. A moins d'assimiler la volonté à la cause — efficiente — de l'obligation. Pour la réfutation de cette analyse, cf. Dabin. « La théorie de la cause », n^{os} 73 et s., 277, 318 s. V. aussi P.-L. Lucas. « Volonté et cause ». *Th. Dijon*, 1918, p. 91.

2. note S, 1929, I, 57. En même sens Planiol, Ripert et Esmein. VI, p. 331, n. 4.

3. Req. 12 avril 1926, S. 1928, I, 361. n. P. Lescot. En même sens, Trib. Com. de Honfleur, 15 janvier 1936, G. P. 12 avril 1936, Lyon, 8 juin 1934. *Mon. Judic.*, 27 mars 1936, quoique avec une formule plus douteuse, Paris, 13 novembre 1926, D. H. 1927, 73.

4. V. Civ. Rej. 16 juillet 1928, *Sem. Jurid.*, 1928, 1129. S. 1929, I, 57. n. Lescot.

5. Req. 12 avril 1926, précité.

change, la cause réelle et licite. L'effet de complaisance apparaîtrait comme une hypothèse de simulation relative¹.

En présence d'un bon effet de complaisance cette conception est grosse de conséquences car si derrière une cause simulée se cachait une cause licite il faudrait nécessairement admettre que l'engagement du prétendu complaisant ne serait pas un engagement cambiaire puisqu'il résulterait d'une contre-lettre et ne serait pas donné dès lors sous forme de lettre de change.

Nous avons déjà rejeté dans une telle hypothèse les termes d'effets de complaisance qui ne peuvent que continuer une équivoque injustifiée, pour ne voir alors qu'un engagement cambiaire qui découle de la lettre de change elle-même.

C'est ce qu'il nous reste à préciser en montrant comment à côté de véritables effets de complaisance la pratique commerciale recourt ici encore à l'acte indirect.

§ 2. — *Complaisance et garantie indirecte.*

184. — Avant d'examiner les effets attachés à deux opérations que nous croyons intrinséquement différentes, il nous faudra prendre partie sur leur nature juridique. Cette question préalable doit en effet faciliter l'étude des conséquences à reconnaître, dans les rapports des parties et à l'égard des tiers, à la négociation de deux catégories de traites qui n'ont de commun que la forme extérieure.

L'autorité des auteurs partisans de la validité des effets de complaisance et l'intérêt qui s'attache en pratique à reconnaître au tiré d'une part une action en répétition et à admettre d'autre part au profit du porteur l'inopposabilité du vice de complaisance, justifient aisément un examen préalable des arguments invoqués en faveur de la validité avant d'aborder ces deux conséquences essentielles de la controverse.

Il est un premier argument dont on ne peut méconnaître l'intérêt et qui consiste à invoquer les nécessités du crédit et la sécurité des transactions. Pour remplir pleinement son rôle d'instrument de crédit la lettre de change « monnaie fiduciaire privée de l'époque moderne »², doit pouvoir circuler aisément. Or, la traite sera d'autant plus facilement prise en compte que le porteur aura la certitude de ne jamais être exposé à un refus volontaire de paiement. « La validité du mauvais effet de complaisance dans le sens où l'entend la jurisprudence peut donc être admise » car « le tireur ou le tiré complaisant hésitera beaucoup plus à participer à la

1. Telle est du moins la conception qui nous paraît résulter de la formule de Req. 12 avril 1926. V. également Hémard, n. précitée, S. 1903, 2, 241 et Perroud, art. cité, *An. Dr. Com.*, 1905, spécialement p. 3 : « Ce prêt ou ce cautionnement pour être déguisé n'en est pas moins valable. »

2. Thaller et Percerou, II, n° 1447.

création de l'effet de complaisance lorsqu'il sera certain d'être obligé de payer¹. »

Pour respectables que soient les intérêts en présence nous estimons néanmoins que les nécessités du crédit n'imposent pas une telle concession. Peut-être les besoins du commerce moderne exigent-ils ici la reconnaissance de l'acte abstrait et l'on peut en effet remarquer que ce sont les grands pays commerçants qui ont les premiers consacré la solution proposée².

Il faut reconnaître cependant qu'à l'heure actuelle cette conception ne répond pas pleinement au caractère subjectiviste du droit latin. Elle ne peut par conséquent valoir qu'à titre de politique législative et pour hâter une solution peut-être souhaitable mais qui par elle-même laisse entendre qu'elle n'est pas encore consacrée.

Au surplus il n'est pas sûr qu'en partant du même désir de restreindre la circulation de complaisance la théorie de la nullité ne se révèle tout aussi efficace.

Aussi les auteurs n'invoquent-ils les nécessités du crédit qu'à titre d'appoint et à côté d'arguments purement juridiques. Ici encore la théorie de l'acte abstrait apparaît davantage, dans son explication des effets de la lettre de change à l'égard des tiers, comme une conséquence plutôt qu'un principe. Mais il s'agit d'abord d'en fournir une explication entre parties.

185. — Sur ce point nous ne saurions davantage adhérer à l'opinion de M. Lacour qui après avoir réfuté la théorie de la cause conclut : « Rien ne s'oppose en droit, à la validité des effets de complaisance³. »

Ainsi placée sur le seul terrain juridique l'opinion du savant auteur nous paraît négliger la volonté juridique des parties que ses partisans eux-mêmes estiment encore nécessaire à la création de l'acte abstrait⁴. Or si avec une partie de la doctrine et la jurisprudence de la Cour de cassation nous avons admis que l'effet de complaisance est celui qui est dépourvu de cette volonté juridique, la solution ne saurait faire de doute. L'effet de complaisance est nul parce que, la déclaration du complaisant étant fictive, elle manque d'un élément essentiel à la formation de l'acte juridique (art. 1108 C. c.).

Nous nous séparons par là de l'opinion très généralement consacrée qui tout en admettant la nullité la fonde sur l'illicéité de la

1. Madray, art. cité, n° 13. En même sens : Hamel, art. cité, p. 88.

2. Pour le droit anglais et américain, cf. Madray, art. cité, n° 4 et les références n. 1, p. 9 du tirage à part. Pour le droit allemand, v. un exposé des principales théories par L. Cariota Ferrara, art. cité. *Riv. Dir. Com.*, 1933, 1, 44.

3. *Précis* II, n° 1394.

4. Cf. Osias. « L'acte abstrait en droit comparé ». *Th. Paris*, 1924, pp. 21 et s., p. 85. Dikoff. « Les actes juridiques abstraits et le Code civil français ». *Rev. Trim.*, 1932, 327 spécialement p. 351 et s.

cause. C'est sur le fondement même de cette nullité que se sont affrontées les théories et que porte surtout la discussion¹.

Or nous avons précédemment essayé de démontrer que la notion de cause illicite ou frauduleuse était indépendante de celle d'acte simulé dont la caractéristique essentielle était le défaut de volonté². Il nous suffit ici d'analyser l'effet de complaisance comme un acte fictif pour devoir en prononcer la nullité³.

Au surplus, comme nous avons fait entrer cette hypothèse dans celle de simulation absolue, aucune « cause » licite ne peut sauver l'acte fictif qui ne répond à aucune volonté sérieuse même déguisée. Volonté et cause sont deux notions différentes et celle de cause illicite n'est pas essentielle pour reconnaître la nullité des effets de complaisance.

La nullité des effets de complaisance avec le fondement que nous lui assignons nous paraît ainsi reposer sur les principes du droit des contrats. Il nous reste à examiner comment, pour assurer la représentation d'un acte jugé dangereux, la jurisprudence a organisé cette action en nullité, car la nullité de l'effet de complaisance n'implique pas qu'il ne produise aucun effet et nous n'entendons pas dire que l'immoralité ou l'illicéité de la cause soit indifférente.

186. — Malgré l'adage : *quod nullum est non producit effectum* on a montré que l'acte nul peut produire certains effets⁴. Il importe de relever que ceux-ci n'ont plus alors leur source dans la volonté des parties. Par ailleurs l'illicéité de la cause nous paraît des plus utiles pour la solution des difficultés soulevées en pratique. L'intérêt essentiel de la controverse est de savoir tout d'abord, si le complaisant sera tenu de payer malgré le caractère fictif de son obligation. La première question étant résolue par l'affirmative se pose en second lieu celle de savoir si le complaisant aura une action pour se faire indemniser de ses déboursés. C'est en recourant au principe de l'inopposabilité des exceptions pour la solution de la première question et à celui de la cause illicite ou immorale pour la solution de la seconde que l'organisation technique de la nullité des effets de complaisance nous paraît plus conforme à la nature juridique de ceux-ci et parfaitement propre à enrayer leur développement.

1. Ripert. « La nullité des effets de complaisance, le fondement juridique et les conséquences de cette nullité, tout est discuté ». *Règle morale*, n. 1, p. 54. Pic n. D. P. 1934, 2, 85, § 2.

2. *Supra*, 1^{re} partie, chap. II.

3. Cette solution ne paraît pas contredite par les auteurs partisans de la validité. M. Naquet n'envisageait la validité de principe que des seuls « effets de complaisance réels » (n. S. 1913, 1, 297). M. Wahl reconnaît d'autre part que « dans un seul cas les principes conduisent à la nullité, c'est quand l'obligation (et non pas seulement sa cause) est simulée, c'est-à-dire quand le titre est émis uniquement en vue de son endossement » (n. S. 1900, 2, 153). Aussi bien est-ce le seul cas où nous ayons admis qu'il y ait effet de complaisance.

4. Piedelièvre. Des effets produits par les actes nuls, *Th. Paris*, 1911.

187. — En fait la théorie de la nullité se rapproche de celle de la validité quant aux effets à l'égard des tiers. Nous n'avons à montrer dans notre travail que les seuls points de contact entre la théorie des contre-lettres et le principe de l'inopposabilité des exceptions¹, et comment une analyse juridique différentes de l'effet de complaisance justifie ici une discrimination entre les différents intéressés.

Affirmer que l'effet de complaisance est nul ce n'est pas soustraire le complaisant à l'action du tiers porteur. L'acte simulé est nul, mais cette nullité est, sous certaines conditions, inopposable aux tiers. Or l'exception de simulation rentre au premier chef parmi celles qui n'étant pas personnelles au porteur lui sont inopposables. Le principe de l'inopposabilité des exceptions qui n'était nulle part expressément formulé jusqu'à une date récente² trouvait cependant un point d'appui quant à l'exception qui nous occupe, dans l'article 1321 du C. c. Le porteur est bien un tiers à la convention de complaisance et à ce titre il doit pouvoir s'en tenir à l'acte apparent, soit en repoussant par une exception la contre-lettre constatant le caractère fictif de la dette cambiaire que les parties voudraient lui opposer, soit en intentant à l'échéance l'action en paiement.

S'il ne nous a pas paru possible que la sécurité de la circulation fiduciaire validât un acte qui est intrinséquement nul, on peut admettre plus facilement, et l'on admet généralement au nom de ce même besoin de sécurité, que la nullité de l'effet de commerce, et notamment la nullité d'ordre public qui frappe par exemple l'obligation contrevenant aux prescriptions des lois monétaires, ne puisse être opposée au tiers porteur³. On peut différer sur l'explication juridique qu'il convient de donner à cette nouvelle dérogation à l'adage : *Nemo plus juris...* Le problème n'est pas propre au principe de l'inopposabilité des exceptions. Nous considérons quant à nous l'inopposabilité du vice de complaisance ainsi que tout le problème de la simulation, comme une concession faite historiquement à la bonne foi des tiers. Ce fondement peut être susceptible de répercussions pratiques qui ne nous paraissent pas s'être fréquemment posées dans les termes où nous l'envisageons. Si l'on tient, ainsi que nous le faisons, la complaisance comme une hypothèse de simulation, mais que l'on considère la créance du tiers porteur comme étant d'origine délictuelle⁴ ne serait-on pas conduit à

1. Cf. en dernier lieu sur le principe lui-même la note de M. J.-Ch. Laurent, D. P. 1932, 1, 12, dans laquelle on trouvera la bibliographie et la jurisprudence.

2. Il est désormais inscrit dans l'article 121 nouveau du C. com., résultant du décret-loi du 30 octobre 1935, qui, pour introduire en France la convention de Genève du 7 juin 1930, a modifié le titre 8 du livre I du C. de com.

3. Civ. Cas. 1^{er} juillet 1931, D. P. 1932, 1, 12, n. J.-Ch. Laurent.

4. Thaller et Percerou, nos 1469 et 1438.

admettre que ce droit de créance ne sera pas sanctionné par une action cambiaire ?

Si l'on décide au contraire avec nous que les notions de fraude et de simulation sont distinctes on peut admettre, sans qu'il soit nécessaire que la complaisance réunisse les éléments juridiques d'une « faute » que le tiers qui a fait foi à un titre en forme de lettre de change bénéficie d'une créance cambiaire ¹. Les deux points de vue ne coïncident pas nécessairement puisqu'ils ne prennent pas en considération l'attitude des mêmes individus, la faute s'appréciant en la personne du débiteur, la bonne foi en la personne du créancier.

188. — C'est en effet un autre caractère commun, dont nous avons fait jusqu'ici abstraction et qui ne peut que nous confirmer dans notre notion de la complaisance, que seuls les tiers porteurs de bonne foi, comme les tiers protégés par l'article 1321, peuvent poursuivre le recouvrement de l'effet. La jurisprudence qui nous paraît unanime sur ce point est très généralement approuvée en doctrine car le tiers porteur de mauvaise foi, et l'on entend par là celui qui connaissait le vice de l'effet au moment où il en est devenu porteur, ne peut prétendre être victime de la supercherie ². Pour le constater il ne suffit pas de reconnaître qu'une « situation de droit n'est modifiée en rien par le seul fait qu'on sait ou qu'on ne sait pas quelque chose ³ ». Ici la situation n'est pas modifiée, l'acte est nul mais avec l'article 1321 la jurisprudence décide que cette nullité n'aura aucun effet contre les tiers, c'est-à-dire les tiers qui ont traité à titre onéreux ; en l'espèce le tiers porteur qui a fourni la valeur de la traite.

On a voulu parfois ramener cette dernière exigence à celle de la bonne foi ⁴. Nous pensons que les deux conditions doivent être distinguées bien qu'elles puissent être réunies en la même personne ⁵. L'usurier qui escompte à un taux d'autant plus rémunérateur qu'il connaît les risques de non-paiement fournit bien la valeur de l'effet, on ne peut dire cependant qu'il soit de bonne foi. A l'inverse nous avons vu que le porteur peut poursuivre le recouvrement de l'effet encore qu'il n'en ait pas fourni la valeur, lorsque la convention qui

1. L'intérêt de la question est certain quant à la durée de la prescription. En ce qui concerne le caractère solidaire de l'obligation cambiaire et comme application de l'opinion soutenue au texte. Cf. pour la cession des droits contre l'un des codébiteurs solidaires. Req. 11 mars 1935, D. H. 1935, 210.

2. Montpellier, 26 janvier 1927 et Lyon 25 juillet 1927, D. P. 1928, 2, 163. n. A. C. Civ. rej. 16 juillet 1928, S. 1929, 1, 57. Bordeaux, 25 juillet 1935, G. P., 1935, 2, 490. Req. 11 mars 1935, D. H. 1935, 210.

3. Demont. « Des effets de complaisance ». *Th. Lille*, 1901, p. 102.

4. Thaller et Percerou, n° 1470. Lacour et Bouteron, n° 1299, mais comp. n° 1395.

5. L'arrêt de la Chambre des req., 11 mars 1935, D. H. 1935, 210 nous paraît avoir établi la discrimination proposée en décidant que « le tiers qui a reçu un effet de complaisance dans l'ignorance de son véritable caractère en fournissant une contre-valeur effective a fait foi à un titre..., dont il n'était pas tenu de rechercher si la cause existait ».

constitue le « rapport fondamental » a eu une existence juridique. Il n'y a plus alors effet de complaisance au sens exact du terme mais mandat pour l'encaissement ¹.

189. — Telles sont les solutions qui nous paraissent commander nécessairement la notion de complaisance que nous défendons ici. A celles-ci peuvent s'en ajouter d'autres qui tiennent alors à certaines circonstances extrinsèques à la notion même. Il en est ainsi de l'obligation pour le tiers porteur dont les agissements ont entraîné un accroissement du passif du tireur en faillite de réparer le préjudice causé aux autres créanciers par la diminution de leur dividende ².

Telles sont encore les conséquences qu'a pu y rattacher la jurisprudence en prononçant la conversion de la liquidation judiciaire en faillite ³, ou en retenant l'émission d'effets de complaisance comme faits constitutifs de cessation de paiement ⁴.

Tel nous paraît être enfin le refus de l'action en répétition au complaisant qui a dû acquitter l'effet entre les mains du tiers porteur de bonne foi. Le principe même de ce refus d'action a été contesté, aussi bien d'ailleurs par les partisans de la validité que par ceux de la nullité. Mais il semble que ce faisant les partisans de la validité *erga omnes* en particulier, oublient qu'il s'agit d'enrayer une pratique jugée par eux-mêmes dangereuse. Assuré de recouvrer ce qu'il a dû payer, il n'y aurait pas de raison que le complaisant se ferme volontairement une source de profits immédiats. Soucieuse au contraire du but à atteindre la jurisprudence lui refuse toute action en répétition. Elle crée volontairement par là au complaisant une situation intolérable dans l'espoir qu'il se trouvera peu d'individus disposés à jouer dorénavant ce rôle ingrat ⁵. Mais elle n'avait à sa disposition que le procédé technique de la cause illicite ou immorale pour appliquer ici, non sans soulever quelques protestations ⁶, la règle *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

Nous ne voulons pas reprendre l'examen des caractères de la *turpis causa* retenue en cette matière ⁷. Il suffit de souligner que la « cause » est prise ici dans son sens subjectif.

1. Cf. *supra*, Civ. 18 juin 1927, nos 131 et 178, ainsi que l'article 122 nouveau du C. de com.

2. Req. 19 décembre 1917, G. P. 1918, 1, 75.

3. Req. 11 mars 1935, D. H. 1935, 301.

4. Paris, le 20 juillet 1934, D. H. 1934, 561. Toulouse, 19 décembre 1932, D. H. 1933, 75.

5. « La solution ci-dessus doit être accueillie avec d'autant plus de faveur qu'elle fournit un moyen efficace de réprimer des agissements blâmables dont l'irrégularité fausse les rapports des commerçants entre eux en faisant croire à un crédit fictif et imaginaire. » Trib. com. du Havre, 11 mars 1896, D. P. 1896, 2, 521, n. Pic.

6. Cf. Raynal, D. P. 1904, 2, 449.

7. G. Ripert. « Nous dénoncerons le même oubli du devoir moral dans la créa-

190. — Contraint en effet de payer de ses deniers personnels le complaisant n'a pas volontairement acquitté sa propre dette et à ce titre il serait recevable à répéter l'indu contre celui auquel son paiement a procuré un enrichissement.

Toutefois il ne nous paraît pas que cet enrichissement soit sans cause. Si l'on doit en effet conserver à la cause de l'enrichissement ou de l'appauvrissement le sens objectif de contre-partie¹ on aperçoit facilement que la cécance du complaisant n'est pas sans cause puisqu'il a effectivement acquitté l'effet. Aussi la jurisprudence ne dit-elle pas que l'enrichissement est sans cause mais bien que la cause en est illicite, contraire à l'ordre public et tombe sous le coup de l'article 1131 C. c. entendant par là l'intention « de faire croire à un crédit imaginaire et de tromper les tiers sur la situation du tireur et du tiré² ».

Voudrait-on d'ailleurs ne considérer que les modifications survenues entre les deux patrimoines, l'élément matériel de l'enrichissement ne se retrouverait pas en fait. Le plus souvent le débiteur de l'enrichissement est en faillite à l'égard de la masse, la prolongation de son « agonie commerciale » en lui permettant de s'endetter davantage n'a fait qu'augmenter le nombre de ses créanciers et réduire leurs dividendes³.

Ici réapparaît l'intérêt de la notion de complaisance que nous avons cru devoir adopter. On a objecté que si préjudice il y a, celui-ci « n'atteint que les créanciers postérieurs à l'acceptation de complaisance non la masse toute entière⁴ ».

Mais il suffit d'observer qu'étant une action distincte de l'action paulienne, l'action de simulation permet aux créanciers antérieurs, aussi bien qu'aux créanciers postérieurs d'invoquer l'acte simulé. En second lieu même si l'acte du complaisant avait en réalité profité au failli l'enrichissement ne pourrait être répété contre la masse. Ainsi que l'a admis la Cour de cassation en d'autres circonstances la masse représentée par le syndic est un tiers à l'égard des opérations simulées faites par le failli. A ce titre elle exerce un droit propre lorsqu'elle ne prétend pas du moins exercer un droit que les parties se sont réservé dans la contre-lettre⁵. Or ici l'action du complaisant aboutirait à déclarer la contre-lettre opposable aux

tion des effets de complaisance. » *Règle morale*, n° 26. Cf. *ibid.*, n° 107. Pic, n. D. P. 1934, 2, 84 et les références.

1. Rouast. « L'enrichissement sans cause. » *Rev. Trim.*, 1922, p. 35.

2. Paris, 16 novembre 1888, D. P. 1889, 2, 253. Trib. com. du Havre, 11 mars 1896, D. P. 1898, 2, 521, n. Pic. Cf. en même sens à l'égard du tiers porteur de mauvaise foi. Req. 8 juin 1891, D. P. 1892, 1, 336. Req. 29 novembre 1893, D. P. 1894, 1, 63.

3. Riom, 3 mai 1932, D. P. 1934, 2, 84. n. Pic.

4. Lacour et Bouteron. *op. cit.*, p. 152, n. 2.

5. Req. 11 mars 1879, D. P. 1879, 1, 401. 9 novembre 1898, D. P. 1899, 1, 103. Comp. Civ. Rej. 18 mai 1914, D. P. 1916, 1, 72.

tiers, ce que l'article 1321 lui interdit. Aussi la Cour de cassation lui a-t-elle refusé l'action en répétition sur le fondement de ce texte¹.

191. — On a fait remarquer, il est vrai, que la jurisprudence la plus récente se serait départie de cette attitude en admettant l'action *de in rem verso*.

On cite l'arrêt de la Chambre des requêtes du 21 mars 1910 qui aurait ouvert une nouvelle phase jurisprudentielle déjà annoncée par d'autres décisions des juges du fonds².

Mais il suffit, quant à ces dernières, d'observer que les Cours d'appel d'Amiens et de Lyon ont analysé les opérations litigieuses comme des opérations de cautionnement et non comme de véritables actes de complaisance. Par contre l'arrêt du 21 mars 1910 indiquerait un changement certain s'il avait statué sur une telle hypothèse. Mais les interprétations qui ont été données de cette décision ne concordent pas. Certains auteurs y voient un « mauvais effet de complaisance », et soulignent le revirement consacré par cet arrêt³, alors que d'autres interprètes l'analysent en une traite de cautionnement ou d'ouverture de crédit⁴. Conformément à cette dernière opinion nous pensons que cette décision ne peut que renforcer la thèse de refus d'action. Si la Chambre des requêtes reprend avec les juges du fond l'expression d'effet de complaisance, et constate avec eux que l'obligation en résultant était « sans cause », les conclusions de M. l'avocat général Feuilleley permettent, à défaut de la décision attaquée elle-même, d'en saisir la portée.

Ces conclusions reproduisent les constatations des premiers juges qui avaient admis que l'acceptation était réelle et sérieuse et l'éminent magistrat, après avoir souligné la rédaction peu heureuse et d'apparence contradictoire, qui consiste à dire dès lors que l'obligation est sans cause, concluait : « La pensée de la Cour est celle-ci, les traites sont sans cause, c'est-à-dire sans cause commerciale parce qu'elles ne correspondent pas soit à des fournitures faites à S... soit à un compte créancier existant au profit du tireur contre le tiré, la dette du tiré ... résulte... d'une promesse de prêt, de garantie ou d'avance. » Loin d'être sans cause « l'action en remboursement a donc sa base juridique dans un contrat ».

1. Req. 15 juillet 1896, D. P. 1897, 1, 460. En réalité, l'arrêt contient une confusion entre l'effet de complaisance et l'ouverture de crédit car il est constaté que le tiré avait promis et volontairement acquitté les effets de ses deniers personnels. Il n'en reste pas moins que, dans l'opinion de la Cour, le recours à l'article 1321 est parfaitement justifié.

2. Req. 21 mars 1910, D. P. 1912, 2, 281. n. Lacour. Conclusions de M. l'avocat général Feuilleley. *Adde* Amiens, 9 janvier 1903, D. P. 1904, 2, 449, n. Raynal, S. 1903, 2, 241, n. Hémar, Lyon 30 avril 1897, D. P. 1897, 2, 385, n. Thaller.

3. Pic. n. D. P. 1934, 2, 84. Capitant. Cause n° 117. Madray, art. cit. n° 17.

4. Lescot, n. S. 1928, 1, 361. Conclusions de M. l'avocat général Feuilleley, *loc. cit.*

En présence de ces circonstances auxquelles nous avons déjà refusé la qualification juridique de complaisance nous ne pensons pas que cet arrêt puisse être retenu comme ayant consacré l'admissibilité de l'action *de in rem verso*.

Il ne nous reste plus désormais qu'à préciser la nature de ces obligations qui ont leur source dans une convention réelle et sérieuse.

B. — GARANTIE INDIRECTE FOURNIE PAR LETTRE DE CHANGE

192. — A la différence des hypothèses où la convention est fictive on ne saurait mettre en doute la validité de l'effet par lequel les signataires ont entendu contracter une obligation réelle encore que l'effet ne soit pas émis en recouvrement du prix des marchandises antérieurement livrées. Nous avons vu précédemment que lorsqu'un des signataires a entendu prêter à l'autre l'appui de son crédit, une telle lettre de change ne pouvait être invalidée ni sur le terrain de la cause ni sur celui de la provision. C'est à cette catégorie d'effets qu'est fréquemment réservé le qualificatif de « bons effets de complaisance ».

Il nous suffira de rechercher la nature juridique de ceux-ci pour apercevoir en quoi les règles précédentes se trouvent modifiées.

Certaines formules employées par les arrêts et quelques auteurs laisseraient entendre qu'il s'agirait ici d'un cautionnement déguisé¹. Nous pensons que ces propositions, exactes en ce qu'elles supposent un contrat de garantie, révèlent au point de vue juridique, une certaine confusion entre l'acte déguisé et l'acte indirect.

Ce dernier exemple, emprunté encore à la pratique commerciale dans laquelle nous avons déjà relevé les principales manifestations de l'acte indirect, nous permettra d'en rappeler les traits essentiels. En empruntant la forme de la lettre de change les parties adoptent un acte qui produira les effets juridiques normaux de l'acte adopté

Avec les caractéristiques de l'acte indirect, nous retrouvons ainsi comment la garantie, qui est le but économique recherché, ne peut-être indirectement obtenue que par le sacrifice que font les parties de la situation juridique que leur procurerait normalement un autre acte juridique. La garantie recherchée pourrait être donnée au moyen d'un « aval », mais celui-ci ne pouvant être fourni que par un tiers (art. 142 C. com.) nécessiterait l'intervention d'au moins quatre personnes au contrat de change. Or il se peut qu'en outre du banquier escompteur, du débiteur, et du garant il ne s'en trouve pas d'autre qui accepte la situation périlleuse de tiré. Dès lors, puisque les formes de droit ne permettent pas aux parties d'intervenir au contrat nommé de cautionnement le donneur d'aval prendra la qualité de partie, mais ayant volontairement

1. V. *supra*, p. 219 n, 1.

pris cette qualité il ne lui appartiendra plus par la suite d'éviter les conséquences juridiques qu'elle comporte, celles-ci sont indépendantes de la volonté des particuliers.

Ce n'est pas à dire que l'acte indirect soit valable en toute hypothèse. Si on ne peut l'annuler comme acte fictif puisqu'il correspond à la volonté des parties, encore faut-il qu'il ne heurte aucune règle légale. Le contrat de garantie indirecte fournie par lettre de change pour être réel peut être frauduleux dans certaines circonstances.

Du moins est-ce ainsi qu'il faut, nous semble-t-il, interpréter les décisions intervenues en notre matière lorsque la jurisprudence eut à préciser la situation juridique du signataire d'un « bon » effet de complaisance. Celui-ci est tenu en vertu du titre auquel il est intervenu. Or s'agissant ici d'une lettre de change, son obligation sera soumise aux rigueurs du droit cambiaire, ce qui implique qu'elle découle directement de la lettre de change et non d'une contre-lettre¹. Mais surtout la jurisprudence décide en second lieu que son obligation loin d'être une obligation accessoire comme celle de la caution est celle de tout codébiteur solidaire et elle en déduit d'importantes conséquences. Ce sont ces différents points que nous voudrions rappeler brièvement puisqu'aussi bien et malgré la fréquence de l'expression la jurisprudence n'a pas consacré les conséquences qu'impliquerait la notion de cautionnement et que cette conception est abandonnée par la doctrine moderne².

193. — Pour la première fois, à notre connaissance, la doctrine qui considère qu'un contrat de cautionnement constitue la cause valable et licite du bon effet de complaisance trouvait un contradicteur en la personne de M. l'avocat général Feuilloley. Puisqu'ils résument en cette matière la théorie de l'acte indirect, nous nous permettrons d'invoquer à l'appui de notre propre conception les termes mêmes dans lesquels l'éminent magistrat la présentait devant la Cour de cassation³ : « J'admets très bien assurément que la volonté commune des trois parties a été, pour le tireur d'offrir, pour le tiré de donner, et, pour le banquier escompteur de recevoir une garantie ; mais cette garantie, telle qu'elle a été donnée n'est ni un cautionnement, ni un aval. Une garantie peut être donnée de plusieurs manières, et c'est la manière employée qui caractérise le contrat... or, la manière employée par les parties pour donner une garantie au banquier escompteur Cabaud et Cie est tout à fait exclusive du contrat de cautionnement et incompatible avec un aval. Fontanille est le tiré ; comme tel il est partie

1. Cf. *supra*, n° 183.

2. Planiol, Ripert et Savatier, XI, nos 1513, 1527.

3. Req. 17 novembre 1909. D. P. 1912, 1, 281, note Lacour.

et partie essentielle, substantielle même au contrat de remise de place en place qui se forme par l'émission de la lettre de change. De plus, il a accepté l'effet ; il doit donc comme accepteur. Comment pourrait-il être en même temps donneur d'aval ? On ne se cautionne pas soi-même !...

Il faut donc, selon moi renoncer à voir dans les contrats de cautionnement ou d'aval la cause juridique qui peut vivifier la lettre de change... il faut, au contraire, envisager le contrat tel qu'il existe réellement, tel que les parties l'ont fait, en adoptant, pour réaliser le but qu'elles poursuivaient la forme de l'acceptation d'une lettre de change et voir si cette acceptation ne donne pas une cause juridique et licite à l'engagement pris par Fontanille... c'est une promesse unilatérale de payer ou, si l'on préfère, une promesse de prêt. Quant à l'acceptation, elle n'est que la réalisation, sous une forme commerciale de cette promesse. »

La Chambre des requêtes n'adopta pas, sur ce point, les conclusions de son avocat général et la qualification de cautionnement subsiste jusqu'aux arrêts les plus récents ¹.

194. — Dans les espèces dont la jurisprudence a à connaître, la qualification n'influe d'ailleurs pas sur la solution du litige car le cautionnement dont il s'agirait serait un cautionnement solidaire ², et les difficultés à résoudre n'ayant généralement trait qu'à la question de l'obligation à la dette, la caution solidaire peut, à ce point de vue, être assimilée au codébiteur solidaire ³.

Nous devons toutefois souligner que ces décisions en qualifiant d'obligation solidaire l'engagement du « complaisant » décident implicitement que celle-ci découlant de la lettre de change elle-même, et non d'une contre-lettre, est bien une obligation cambiaire ⁴.

195. — Mais la Cour suprême ne devait pas tarder à abandonner le caractère accessoire qu'implique nécessairement la notion de cautionnement, fût-il un cautionnement solidaire, lorsqu'elle eut à dire si la prétendue caution pouvait invoquer le bénéfice de cession d'actions.

Ayant donné mainlevée des sûretés réelles prises contre le tireur en faillite en vue de lui assurer l'obtention du concordat, le

1. Req. 9 mars 1936, G. P. 1936, 1, 688.

2. Req. 12 mars 1926 précité.

3. Rap. sur ce point. Req. 12 mars 1926 précité et Req. 26 janvier 1932, S. 1932, 1, 103 de la solution consacrée par Amiens, 1^{er} décembre 1925, D. H. 1926, 91. Cf. en outre quant aux effets de l'admission de la créance du porteur au passif de la faillite de l'un des coobligés, sur la faillite et liquidation judiciaire des autres coobligés. Civ. Cas. 6 janvier 1919, D. P. 1923, 1, 112.

4. Contrairement aux principes généraux de la solidarité en droit civil, l'effet interruptif de la prescription qui résulte de la reconnaissance de la dette par le codébiteur ne profite pas aux autres. Bordeaux, 30 juillet 1890, sous Req. 11 novembre 1891, D. P. 1893, 1, 90.

porteur de lettres de change s'était vu refuser par le tiré accepteur le paiement d'intérêts qui avaient été spécialement stipulés à la suite d'une prorogation d'échéance. La Cour de Montpellier fit droit à la prétention du tiré sous le prétexte que celui-ci n'avait « joué vis-à-vis (du porteur) que le rôle de garant ou de caution et ne pouvait dès lors être tenu au delà de ce qui pourrait être demandé (au tireur) débiteur principal ; et qu'en donnant mainlevée, pour assurer le concordat (du tireur), des garanties prises contre celui-ci, (le porteur) avait compromis les droits (du tiré) et n'était plus en état de le subroger dans l'intégralité des droits qu'il avait lui-même contre son débiteur ». Le 28 décembre 1927 la Chambre civile de la Cour de cassation casse cette décision pour violation de l'article 122 du C. de com., en affirmant que le tiré est un « codébiteur » du tireur¹. Cette seule expression employée par la Cour suprême suffit pour en déduire que le tiré ne peut être déchargé de son obligation personnelle malgré la remise volontaire des sûretés dont était assortie la dette du tireur.

Cette solution qui est en opposition avec celle admise pour le donneur d'aval² nous paraît autoriser l'abandon en tant qu'explication de principe de la notion de cautionnement. Le signataire d'une lettre de change en se constituant codébiteur prête à l'autre, son crédit et c'est pourquoi, dès lors que cet engagement est sérieux nous avons cru retrouver dans une telle lettre de change les éléments essentiels d'une lettre de change licite. Cette promesse de prêt stipulée réalisable à l'échéance au profit du dernier porteur constitue à notre sens la provision et par le mécanisme technique de la solidarité cambiaire constitue la garantie du porteur. Sans doute alors la lettre de change prend -t-elle sa valeur dans le crédit personnel des signataires et l'on a montré l'intérêt économique qu'il peut y avoir à distinguer ces effets de commerce de ceux qui ont pour gage des marchandises antérieurement livrées³. Mais au point de vue juridique on se saurait par là même suspecter la volonté des parties.

196. Ainsi l'examen attentif de la jurisprudence nous a révélé que sous une même expression les effets dits de complaisance cachaient deux opérations juridiques distinctes. Cette dualité basée sur l'interprétation de la volonté des parties doit désormais justifier aisément un régime juridique différent. Il nous suffira d'en rappeler les points essentiels car la qualification étant précisée il n'apparaît

1. D. P. 1929 1, 13, n. A. Chéron. Rapp. Req. 9 mars 1936, G. P. 1936, 1, 688, qui décide que le tiré accepteur ne peut invoquer à sa libération l'engagement du porteur de ne pas exercer de recours contre lui lorsque cet engagement est corrélatif d'une délégation de créances que le tireur pourrait avoir contre un tiers et que cette garantie s'est avérée inexistante et sans valeur.

2. Req. 19 décembre 1927, D. H. 1928, 86, Paris, 9 mars 1926, D. P. 1927, 2, 80.

3. Hamel chronique précitée.

pas qu'il subsiste de divergences graves en doctrine et en jurisprudence.

C'est ainsi que dans les hypothèses où nous avons vu la jurisprudence admettre le recours du complaisant à l'encontre du crédité il s'agissait en réalité d'une opération de garantie ¹, sauf à décider désormais que cette action est, non pas l'action subsidiaire *de in rem verso*, mais bien l'action du contrat originaire.

Il en est de même lorsqu'on décide que la connaissance par le porteur des conventions intervenues entre le tireur et le tiré est sans influence sur son droit au paiement ². En prenant l'effet en compte, il manifeste au contraire sa confiance dans la valeur juridique des conventions qui sont à la base de son titre.

Ce sont ces mêmes opérations de garantie qui nous paraissent enfin justifier une distinction parfois proposée. Nous avons vu que la mauvaise foi du tiers porteur consistait dans sa connaissance du vice dont était affecté l'effet de complaisance. Certaines décisions et une partie de la doctrine admettent au contraire que la mauvaise foi devrait être restreinte aux hypothèses qui révèlent une connivence frauduleuse entre tous les intéressés. Mais pour les tribunaux et ces auteurs la complaisance embrasse les opérations de garantie indirecte. Or on pourrait concevoir, puisqu'il ne s'agit pas dans cette dernière opération d'un vice altérant l'effet, que l'on se montrât plus sévère pour déclarer le porteur déchu de ses droits en raison de sa participation à la fraude.

Il faudrait alors un concert frauduleux, une véritable collusion entre les parties, la convention quoique réelle serait alors nulle parce que frauduleuse ³. Les notions de simulation et de fraude se rejoindraient ainsi sur le terrain de la répression, mais cette similitude d'effets ne nous a pas paru relever de l'étude de la notion même de simulation qui a été notre préoccupation dominante au cours de ce travail.

1. *Supra*, n° 191.

2. Req. 26 janvier 1932, S. 1932, 1, 103. Note signée A. C. au D. P. 1928, 2, 163. Req. 13 novembre 1909, D. P. 1912, 1, 281.

3. V. Tribunal Com. Honfleur, 15 janvier 1936, G. P. 12 avril 1936. Roche « Des effets de complaisance ». *Th. Bordeaux*, 1911, p. 88. Demont, *op. cit.*, p. 161. Rapp. art. 5, Loi du 24 Germinal An XI, relative à la Banque de France.

CONCLUSION

197. — L'autonomie de la notion juridique de simulation doit croyons-nous sortir renforcée de cet examen de la jurisprudence qui s'est formée à l'occasion de certains problèmes de droit contemporain. Soit que les tribunaux aient abandonné la notion de simulation, soit que certaines contradictions nous en aient fait désirer l'abandon, les difficultés qui leur étaient soumises nous ont paru relever parfois de conceptions inconciliables dont nous voudrions résumer ici les traits essentiels.

198. — Utilisant les données admises en doctrine et en jurisprudence à l'occasion de la distinction des donations déguisées et indirectes, les actes simulés et les actes indirects ne nous ont paru avoir de commun que le fondement. En même temps qu'il autorise les parties à combiner entre elles les différents éléments de contrats divers, le principe de la liberté contractuelle leur permet aussi de faire des actes secrets. L'article 1321 C. c. autorise incontestablement la conclusion d'actes simulés mais il limite leurs effets en précisant, qu'entre parties, seul l'acte réellement voulu sortira effet. Alors que les jurisconsultes romains et nos anciens auteurs, qui admettaient déjà cette solution, l'expliquaient par la prééminence de la vérité sur le mensonge¹, elle trouve de nos jours un fondement dans l'article 1134 du C. c. En déclarant que seules les conventions légalement formées ont force obligatoire, ce texte décide implicitement que l'acte ostensible, absolument simulé, ne peut créer de lien obligatoire car il n'est pas, ainsi qu'il le faudrait, « légalement » formé. Il lui manque le « consentement » c'est-à-dire la volonté du résultat juridique qu'un autre texte pose parmi les « conditions essentielles pour la validité² des conventions » (art. 1108 C. c.).

Quant à la possibilité de créer des actes indirects, si elle peut également se réclamer de l'article 1134, d'autres textes nous ont

1. V. *supra* les passages de Modestin et de Denisart rapportés Introduction, nos 4 et 5.

2. On sait que parmi ces conditions il en est qui affectent seulement la validité de l'obligation alors que d'autres en empêchent la formation (Cf. Colin et Capitant, t. II, p. 269. Art. 10 du Projet de Code franco-italien des obligations et des contrats). Pour la raison rappelée au texte nous avons à plusieurs reprises admis que la simulation relevait de ces dernières conditions.

permis d'affirmer non moins sûrement que les rédacteurs du C. c. les avaient expressément prévus et que l'article 1107 du C. c. indiquait les règles générales auxquelles ils devaient être soumis ¹.

Si le principe de la liberté contractuelle est le fondement commun des actes indirects et simulés, ils se séparent par contre aussitôt quand on analyse leurs caractères intrinsèques ou lorsqu'on recherche leur fonction.

199. — L'acte simulé à la suite d'un accord entre les simulateurs ne correspond pas, en tout ou en partie, à l'intention des parties, les effets de l'acte indirect sont au contraire nécessairement voulus pour l'obtention du résultat cherché. Il ne suffit pas de constater que la simulation n'est pas par elle-même une cause de nullité car le procédé indirect permet la réalisation de certains buts que n'atteindrait pas le déguisement alors même que l'acte dissimulé serait valable. Nous l'avons vu en matière de libéralités en constatant notamment que pour produire un effet qui puisse être dit « supplémentaire » l'acte adopté devait être sérieux. Tel est le cas de la libéralité indirecte réalisée au moyen d'un autre acte juridique. Tel est encore le procédé indirect dit du legs sans émolument sans lequel la fondation serait impossible par suite de la vacance dans la propriété des biens, si le légataire n'acquerrait, tout au moins pour un temps, vocation réelle à la propriété des biens.

Mais nous croyons pouvoir à présent constater que le même critérium se dégage de notre étude de l'acte indirect à but lucratif. C'est parce que la vente en garantie est une vente sérieuse qui opère transfert de propriété qu'elle pourra contrevenir, dans certaines hypothèses, à la prohibition du pacte commissaire. En matière de ventes à transfert de propriété différé, ou location-vente, nous avons vu également la jurisprudence abandonner la conception première d'un bail déguisant une vente pour affirmer le caractère sérieux de la prosession de l'acquéreur et faire appel à la notion économique de « solvabilité apparente » afin de limiter les effets du *pactum reservati dominii* à l'égard des créanciers dans la masse.

Dans le domaine des contrats *inter absentes* c'est le même critérium qui nous a permis d'établir un classement parmi les décisions de la jurisprudence qui, sous le même qualificatif de « prête-nom », réunissaient les situations juridiques foncièrement différentes du mandataire *proprio nomine* et du mandat déguisé.

C'est encore dans le droit commercial que le problème des effets dits de complaisance nous a permis de constater que la garantie indirecte fournie par la lettre de change résultait, non pas d'un contrat de cautionnement qui étant déguisé ne constituerait pas une obligation cambiaire, mais bien de la qualité de débiteur prin-

1. *Supra*. « Introduction », nos 10 et 11.

principal prise par le signataire dans la lettre de change elle-même.

Dans ces différentes hypothèses une notion autonome de la simulation nous a paru des plus utiles, soit qu'il s'agisse de régler les effets de l'acte à l'égard des tiers, soit en d'autres domaines.

C'est parce qu'il n'y a pas simulation, c'est-à-dire convention volontairement différente de l'intention réelle que la jurisprudence n'a pas pu reconnaître aux tiers même de bonne foi un droit d'option analogue à celui que leur conférerait l'article 1321. Les clauses de l'acte indirect souvent appelées *pactum fiduciæ* ne présentent en effet aucune divergence avec leur volonté déclarée. Ces clauses régissent *inter partes* les effets de l'acte adopté, conditionnent le droit du cocontractant et confèrent à l'acte indirect son caractère de stipulation accessoire à une convention principale. Le plus souvent d'ailleurs ces clauses ne sont pas dissimulées et ressortent clairement de l'acte adopté.

Le caractère conventionnel de la simulation nous a permis, de la distinguer de la notion d'apparence, de la simulation dite unilatérale et de la réserve mentale. Conceptions d'une simulation au sens large qui ne nous a pas paru répondre ni surtout comporter les effets de la notion juridique de simulation.

D'autre part en présence des règles protectrices posées par le C. c. le caractère conventionnel de la simulation nous a contraint à nous séparer du principe nouveau introduit par l'article 49 du Projet franco-italien qui autorise même entre parties la preuve par tous moyens de la simulation.

200. — L'analyse de ces manifestations contemporaines nous fournit d'autre part, croyons-nous, confirmation de la fonction qui avait été reconnue à l'acte indirect dans la formation technique du droit. Et c'est une constatation d'un haut intérêt, non seulement juridique mais philosophique, que de voir de nos jours les contractants préférer dans certains cas la vente ou le mandat à la romaine, à la vente translatrice de propriété ou au mandat représentatif.

Cette utilisation moderne de formes que l'on pouvait croire périmées répond à la fonction historique de l'acte indirect. Celui-ci supplée à « l'indigence des formes¹ » et à l'insuffisance des contrats nommés.

Toute autre est la fonction de l'acte simulé, celui-ci n'a d'autre but que d'abuser les tiers sur l'intention réelle des parties, mais la fiction qu'il crée n'ajoute rien à cette volonté juridique. Cette intention de tromper nous a paru nécessaire non seulement pour la distinction de l'acte simulé et l'acte *jocandi causa*, mais encore pour la réfutation de la notion de simulation légale parfois appliquée à la déclaration de command. L'acte simulé ne donne lieu à aucune situation juridique nouvelle. S'il y a modification d'un état de

1. Ascarelli, Ihéring, *op. précit.* Introduction, nos 7 et 8.

droit antérieur, c'est l'acte dissimulé qui l'opère, non pas indirectement, mais bien directement quoique d'une façon occulte. C'est pour faire un emploi correct de l'expression interposition de personnes qu'après avoir distingué l'interposition réelle de l'interposition fictive, nous avons cru devoir dans l'étude de l'interposition et de la charge exiger la participation du donataire réel à la donation dissimulée. L'acte voulu serait-il conclu entre personnes capables, la simulation dans les parties à l'acte ne permettrait pas la réalisation de la libéralité lorsque la personne interposée ne joue qu'un rôle de pure façade. L'acte voulu est alors conclu directement entre le donateur et le donataire seules personnes qui puissent être considérées comme parties. Cette considération nous a dès lors permis de préciser les différences qui séparent l'acte simulé de l'acte indirect tant sur le terrain des articles 911 et 1099 du C. c. qu'en dehors du domaine d'application de ces textes.

L'adage courant que l'on peut faire directement ce que l'on peut faire indirectement ne s'applique pas à la simulation mais à l'acte indirect. Ce dernier produit un effet réflexe ou indirect qui serait actuellement irréalisable à l'aide des contrats nommés.

Nous avons vu que la fonction la plus fréquente de l'acte indirect, en dehors du domaine des libéralités, était de réaliser un contrat de garantie.

C'est dans un but de garantie que le vendeur à reméré consent à se dépouiller au profit du prêteur de son droit de propriété, ou à l'inverse que le transfert de propriété est différé dans la location-vente. C'est encore la notion de crédit personnel qui nous a permis de constater la survivance du mandat en nom propre et l'utilisation dans un but de garantie de la lettre de change.

Toutefois comme les contrats nommés de garantie (hypothèque, gage, cautionnement) sont en petit nombre, ces conventions sont fréquemment réputées illicites ou frauduleuses.

C'est parce qu'il s'agissait d'une conception économique de la simulation que l'analyse de ces diverses conventions nous a démontré l'abandon progressif de ce grief par la jurisprudence. A l'heure actuelle celui-ci ne peut être retenu dans sa généralité alors surtout que si le conflit persiste entre l'économique et le juridique sur certains points, il tend à s'atténuer sur d'autres. La notion d'Ordre Public évolue et telle convention jugée illicite il y a moins d'un siècle est déclarée valable de nos jours. La matière des ventes en garantie nous a donné l'occasion de constater que le conflit touchait au vaste problème de l'organisation du crédit mobilier ¹. La vente en garantie perdit du terrain lorsque furent organisés, au moyen de l'hypothèque mobilière, les contrats de prêt sur les meubles les plus importants. Enfin tout récemment par la publicité

1. V. la préface de M. Ch. Lyon-Caen à l'ouvrage précité de MM. Troullier et Lacan sur la location-vente.

du privilège du vendeur à tempérament de voitures automobiles, sous une forme qui n'est pas exempte de critique, le législateur avec la loi du 29 décembre 1934 est entré dans une voie qu'avait depuis longtemps essayé de lui tracer la pratique de la garantie indirecte réalisée par la location-vente. Lorsque le législateur, dont on a dit que l'heure « est près de sonner »¹ aura organisé le statut des fondations, le procédé indirect du legs avec charge aura vécu. Grâce au procédé fécond de l'acte indirect le droit se sera enrichi de nouveaux contrats dont il ne restera plus bien souvent au législateur qu'à faire siens les résultats obtenus.

Ces distinctions, qu'exige une discrimination souvent délicate, pourront sans doute être contestées. Il nous est apparu que cet examen de la jurisprudence, tant par les points qui sont acquis à l'heure actuelle, que par les hésitations qu'elle nous a révélées, mettait en relief les situations essentiellement différentes engendrées par des conventions dissemblables.

Nos efforts seraient amplement récompensés si cet essai, dont nul plus que nous n'ignore les imperfections, en écartant la suspicion qui a longtemps pesé sur l'acte indirect, contribuait à renforcer le respect qui est dû à la parole librement donnée.

¹. Savatier, note D. P. 1928, 2, 121.

VU :

Le Président de thèse,

G. RIPERT.

VU :

Le Doyen,

EDGARD ALIX.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Recteur de l'Académie de Paris,

CHARLÉTY.

BIBLIOGRAPHIE

- I. Ouvrages spéciaux : Sources. — Droit moderne. — Droit étranger.
- II. Monographies et articles de revues : Droit français. — Droit étranger,
- III. Thèses.
- IV. Notes de jurisprudence.

I. — OUVRAGES SPÉCIAUX¹

HISTOIRE ET SOURCES

- ARGENTRÉ (d'). — *Commentarii in patrias Britonum leges*, 3^e éd., Paris, 1621.
- BACQUET. — *Des droits de justice*, 1 vol. in-f^o, Paris, 1664.
- CAEPOLLA. — *Tractatum celeberrimorum in utroque tum pontificii tum cæsarei juris*, Venise, 1584.
- DENISART. — *Collection des décisions nouvelles*, 4 vol. in-4^o, Paris, 1771.
- IHERING (R. de). — *L'esprit du droit Romain*. Trad. Meulenaere, 4 vol. in-8^o, Paris, 1877.
- LÉVY-BRUHL (H.). — *Histoire de la lettre de change*, 1 vol. in-8^o, Paris, 1933.
- PASCAL. — *Provinciales*, 8^e et 9^e lettres.
- REGNAULT (H.). — *Les ordonnances civiles du Chancelier Daguesseau. Les donations et l'ordonnance de 1731*, 1 vol. in-8^o, Paris, 1929.
- FERRIÈRE. — *Dictionnaire de droit et de pratique*, 1779.

DROIT MODERNE

- BEDARRIDE. — *Traité du dol et de la fraude*, 3^e éd., 4 vol. in-8^o, Paris, 1875.
- BARTIN. — *Théorie des conditions impossibles, illicites ou contraires aux mœurs*, 1 vol. in-8^o, Paris, 1887.
- CAPITANT (H.). — *De la cause dans les obligations*, 1^{re} éd., 1 vol. in-8^o, Paris, 1923.
- ESMEIN (P.). — *Etude de l'acte juridique à titre gratuit*. Cours de doctorat, Paris, 1933-1934.
- GUYOT (P.). — *L'exécution testamentaire dans la jurisprudence et la pratique notariale française*, 1 vol. in-8^o, Paris, 1914.
- JOSSERAND. — *Les mobiles dans les actes juridiques*, 1 vol. in-8^o, Paris, 1928.
- *Evolutions et actualités*, 1 vol. in-8^o, Paris, 1936.
- GENY (F.). — *Science et technique en droit privé positif*, 4 vol. in-8^o, Paris, 1924.
- GIGNOUX (Ch.). — *Les actions préventives*, 1. vol. in-8^o, Paris, 1935.
- LARCHER. — *Traité élémentaire de législation algérienne*, 3 vol. in-8^o, 3^e éd., Paris, 1923.
- LAMEIGUÈRE (M.). — *La vente à crédit des véhicules automobiles avant et après la loi du 29 décembre 1934*, 1 vol. in-16^o, Paris, 1935.
- LEPAULLE. — *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, 1 vol. in-8^o, Paris, 1932.

1. Les traités et ouvrages généraux qu'il est d'usage de citer par le seul nom des auteurs ne sont pas repris dans cette bibliographie.

- MAGUERO. — *Traité alphabétique de l'enregistrement*, 2^e éd., 1909.
- NIBOYET (J.-P.). — *Les sources des obligations en droit suisse*, Cours du Doctorat Paris, 1933-1934.
- PLASMAN (L.-C.). — *Des contre-lettres*, 2^e éd., Paris, 1839.
- PILON (E.). — *Principes et technique des droits d'enregistrement*. T. I. *Les principes*, 1 vol. in-8^o, Paris, 1929.
- SALEILLES (R.). — *De la déclaration de volonté*, 1^{re} éd., 1 vol. in-8^o, Paris, 1901.
- SELIGMAN (Ed.). — *Etude économique de la vente à tempérament*, 2 vol., Paris, 1930.
- RIPERT (G.). — *La règle morale dans les obligations civiles*, 2^e éd., 1 vol. in-8^o, Paris, 1927.
- *Les limites de la liberté contractuelle*, Cours de doctorat, Paris, 1929-1930.
- *Etude critique de la notion de libéralité*, Cours de doctorat, Paris, 1930-1931.
- *Droit Maritime*, 3 vol. in-8^o, 3^e éd., Paris, 1929.
- TROULLIER (A.) et Adolphe LACAN (R.). — *La location-vente et les divers contrats qui s'y rattachent*, 1 vol. in-8^o, Paris, 1935.
- WEINSTOCK (A.). — *La location-vente d'après la jurisprudence de la Cour de cassation*, 1 vol. in-8^o, Paris, 1934.

DROIT ÉTRANGER

- BARASSI. — *Notificazione necessaria nelle dichiarazioni stragiudiciali*, in vol. in-4^o, Milan, 1906.
- BELEZA DOS SANTOS (J.). — *A simulacao em direito civil*, 2 vol., 1921-1924, Coimbre (Portugal).
- BUTTGEBACH (C. A.). — *Les contrats de porte-fort et les déclarations de command en droit civil et en droit fiscal*, 1 vol., Bruxelles, 1935.
- CARIOTA FERRARA (L.). — *Negozi fiduciari*, Cedam, éd. Padova, 1933.
- FERRARA (Fr.). — *Della simulazione dei negozi giuridici*, 5^e éd., 1 vol. in-4^o, Rome, 1922.
- GIOVENE. — *Il negozio giuridico rispetto ai terzi*, 1 vol. in-8^o, 2^e éd., Turin, 1917.
- PESTALOZZA. — *La simulazione nei negozi giuridici*, Milan, 1919, et le mot « Simulazione », in *Enciclopedia giuridica italiana*.
- SOTGIA. — *Apparenza giuridica e dichiarazione alla generalità*, 1 vol., Rome, 1930.

II. — MONOGRAPHIES ET ARTICLES DE REVUES

DROIT FRANÇAIS

- ACHER. — Un cas douteux de vente à tempérament. *An. Dr. Com.*, 1904, 249 s.
- BONNECASE. — La condition juridique du créancier chirographaire, *Rev. Trim.*, 1920, 103 s.
- BERNAYS. — La défaillance de l'acheteur et la préservation des droits du vendeur dans les ventes à crédit. *Rev. crit.*, 1934, 618.
- CAPITANT. — La vente à tempérament des automobiles. *Chr. D. H.*, 1935, 9 s.
- Étude critique des restrictions apportées par les articles 1341 du Code civil et Code civil italien à la recevabilité de la preuve testimoniale. *Bulletin de la Société ét. lég.*, 1918, 190 s.
- CAUVIÈRE. — Un prétendu cas de vente à tempérament. *An. de Dr. Com.*, 1902, 49 s.
- DEMOGUE. — Effets des fraudes fiscales dans les ventes. *Rev. Trim.*, 1925, 127.
- Capacité d'acquiescer des associations déclarées. *Rev. Trim.*, 1931, p. 1.
- DIKOFF. — Les actes juridiques abstraits et le Code civil français. *Rev. Trim.*, 1932, 327 s.
- ESMEIN. — La fraude dans les actes juridiques. *Rep. gén. Prat. du notariat et de l'Enregistrement*, 1933, p. 137 et s., art. 23. 398 et 23. 409.
- FERRON. — Les donations déguisées ou par personnes interposées dans l'article 1099 du Code civil. *Rev. crit.*, 1911, pp. 41 et 168.

- GUIHOT. — Le transfert en garantie. *Sem. Juridique*, 1929, 1171.
- HAMEL (J.). — Ventes à tempérament et locations-ventes. *Chr. D. H.*, 1930, 41 s.
- JAUBERT. — Les divers cas d'interposition de personnes. *Rev. Crit.*, 1905, 156.
- JAVON (A.). — De l'interprétation des testaments. *Journal des notaires et des avocats*, art. 38.367 du 20 avril 1935.
- LACOUR. — Quelques observations sur la provision en matière d'effets de commerce. *An. de Dr. Com.*, 1931, 5 s.
- LABORDE. — Application de la théorie de la cause. *Rev. gén. de Droit*, 1881, 400.
- LALOU (H.). — Droit civil contre droit fiscal. *Chr. D. H.*, 1927, 9.
- LAUWERYS DE ROSENDAELE (DE). — Les sociétés fictives par apport de dommages de guerre. *Sem. Jur.*, 1931, 297.
- LÉVY-ULLMANN et GRUNEBaum-BALLIN. — Essai sur les fondations par testament. *Rev. Trim.*, 1904, 176.
- MAGUET. — Contre-lettres et conventions secrètes. *Journ. des Not.*, 1935, art. 38.465, p. 713.
- MADRAY. — Les effets dits de complaisance. *Rev. Crit.*, 1935, 496 s.
- MAZEAUD (H.). — Les conflits de lois relatifs à la capacité de recevoir à titre gratuit. *Rev. Crit.*, 1926, 422.
- NAST. — Des libéralités testamentaires déguisées. *Rep. gal. Prat., not.*, n° du 30 septembre 1935, art. 24.282.
- PERCEROU (J.). — La clause de réserve de propriété dans les ventes mobilières. *An. Dr. Com.*, 1931, 189.
- PERROUD. — Les effets de complaisance. *An. Dr. Com.*, 1905, I.
- PERREAU (E.-H.). — Courtoisie, complaisance et usages non obligatoires devant la jurisprudence. *Rev. Trim.*, 1914, p. 481 et s.
- PLANIOI (M.). — Classification synthétique des contrats. *Rev. Crit.*, 1904, 485 s.
- PIC. — De la simulation dans les actes de société. *Chr. D. H.*, 1935, p. 33 s.
- ROUAST. — L'enrichissement sans cause. *Rev. Trim.*, 1922, p. 35.
- SAVATIER. — Jurisprudence en matière de fondations testamentaires. *Rep. Prat. gal. du Not.*, 1927, 1, 437.
- Nullité des conventions portant dissimulation de prix. *Rep. gén. Prat. not.*, 1927, 1, 317, art. 2.423.
- TIMBAL. — Des ventes d'automobiles à tempérament. *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, 1934-1935, p. 71.
- SUMIEN. — Une variante de l'acquisition à tempérament d'un objet mobilier avec clause de bail. *An. Dr. Com.*, 1904, 247.

DROIT ÉTRANGER

- AEBY. — L'acte fiduciaire dans le système du droit civil suisse. *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 1912, 149 s.
- AMELIO (M. D'). — La liberté des donations entre époux. *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1935, 208.
- ASCARELLI. — Il negozio indiretto e le società commerciali in *Studi in onore di C. Vivante*. Vol. 1, p. 23 s.
- Influence des projets de code sur la jurisprudence. *Chr. D. H.*, 1934, 97.
- BOLAFFI (R.). — Le teorie sull'apparenza giuridica. *Riv. Dir. Com.*, 1931, 1, 131 s.
- BONFANTE. — Sulla simulaz. nei negozi giuridici. *Riv. Dir. Com.*, 1906, 1, 186.
- BONNELLI. — Una nuova costruzione del patto di riservato dominio nella vendita. *Riv. Dir. Com.*, 1912, 1, 492 s.
- CARIOTA FERRARA (L.). — Sulla simulazione nei negozi cambiari. *Riv. Dir. Com.*, 1933, 1, 41.
- CANDIAN. — Contratto estimatorio. *Riv. Dir. Com.*, 1927, 1, 74.
- FERRARA (Fr.). — « La causa illecita » in *Studi giurid. dedicati a G. Chironi*. 3 vol. in-8°, Milan, t. I, p. 119.

- « Simulazione assoluta », *Riv. Dir. Com.*, 1915, 1, 119., 1908, 1, 460 et s. et 550 et s.
- « I negozi fiduciari », *Melanges Scialoja*, 2 vol. in-4°, Milan, 1905, t. II, p. 743.
- GRASSETTI (C.). — Del negozio fiduciario e delle sue ammissibilitè nel notstro ordinamento giuridico. *Riv. Dir. Com.*, 1936, 1, 345 s.
- GRAZIANI. — Negozi indiretti e negozi fiduciari. *Riv. Dir. Com.*, 1933, 1, 414.
- Cessione dei crediti. *Riv. Dir. Com.*, 1931, 1, 278.
- LA LUMIA. — Contratti misti e inomati. *Riv. Dir. Com.*, 1912, 1, 719.
- NATTINI (A.). — « Negozio autorizzativo ». *Riv. Dir. Com.*, 1912, 1, 485.
- PESTALOZZA. — Appunti in tema di simulazione relativa. *Riv. Dir. Com.*, 1917, 1, 737 s.
- RUGGIERO (R. DE). — L'illiceità della fiducia testamentaria. *Riv. Dir. Civ.*, 1913, 433.
- SCADUTO. — Rappresentanza mediata nell' acquisto dei diritti. *Riv. Dir. Com.*, 1925, I, 525.

III. — THESES

- AFTALION (M.). — *Des libéralités entre époux, de leur imputation et des conflits de lois qu'elles soulèvent*, Paris, 1932.
- ARMILHON. — *Des répercussions civiles des innovations fiscales*, Paris, 1923.
- BERNHEIM. — *De la théorie de la propriété apparente en matière de droit d'enregistrement*, Strasbourg, 1936.
- BARTIN. — *Des contre-lettres*, Paris, 1885.
- BASTIAN (D.). — *Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité*, Paris, 1929.
- BRACKERS D'HUGO. — *Sur les effets de complaisance*, Lille, 1925.
- BOISSELOT. — *De la notion de simulation*, Paris, 1926.
- CAZAL. — *Etude théorique et pratique des actes simulés*, Montpellier, 1897.
- CHAMPEAUX. — *L'acte à titre gratuit en droit civil français*, Strasbourg, 1934.
- CHAPEAU. — *Les dissimulations de prix devant la législation civile*, Poitiers, 1934.
- BUSINE (P.). — *Les contre-lettres et l'enregistrement*, Lille, 1934.
- CHABAS. — *La déclaration de volonté en droit français*, Paris, 1931.
- CELICE. — *De l'erreur dans les contrats*, Paris, 1922.
- COSTINER. — *La promesse publique de récompense*, Paris, 1924.
- COUMAROS (N.). — *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique*, Th. Bordeaux, 1931.
- COQUET. — *Les fondations privées d'après la jurisprudence française*, Poitiers, 1908.
- CHIRITESCO. — *Du rôle de la volonté dans le testament*, Paris, 1911.
- DALLIGNY (M^{lle}). — *Etude de jurisprudence sur les donations déguisées*, Paris, 1927.
- DABIN. — *La théorie de la cause* (art. 1131-1133 du C. c.), Liège, 1919.
- DEMARTIAL. — *Etude critique sur l'interposition de personnes*, Paris, 1912.
- DEMONT. — *Des effets de complaisance*, Lille, 1901.
- DEREUX. — *De l'interprétation des actes juridiques*, Paris, 1905.
- DESBLEUMORTIERS. — *La simulation par l'emploi d'un tiers. Essai sur les interpositions de personnes*, Paris, 1916.
- FALQUE PIERROTIN. — *Le mandat, ses éléments constitutifs*, Caen, 1933.
- FEDER. — *Les aspects juridiques de la vente à tempérament de meubles corporels*, Paris, 1931.
- FLAVIAN (C.-L.). — *Des contre-lettres*, Paris, 1929.
- FOUCAULT. — *De la vente avec déclaration de command*, Paris, 1893.
- FROGER. — *Insuffisance et dissimulation du prix dans les ventes d'immeubles*, Paris, 1932.
- GARNIER (R.). — *Des libéralités par personnes interposées*, Dijon, 1901.
- GLASSON (P.). — *Théorie de la simulation*, Paris, 1897.
- GORPHE. — *Le principe de la bonne foi*, Paris, 1928.

- GOUNOT. — *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, Dijon, 1912.
- GRANGER. — *La gérance-vente*, Paris, 1929.
- GROUBER. — *De l'action paulienne en droit civil français contemporain*, Paris, 1913.
- HABER. — *La vente à tempérament, la location vente*, Paris, 1931.
- HEMARD. — *Des effets de complaisance*, Paris, 1900.
- IONESCO. — *Les effets juridiques de l'apparence en droit privé*, Strasbourg, 1928.
- IVANUS. — *La réticence dans les contrats*, Paris, 1924.
- JACQUELIN. — *De la fiducie*, Paris, 1891.
- JAPIOT (R.). — *Des nullités en matière d'actes juridiques*, Paris, 1909.
- KNEYPERT. — *De la propriété apparente en matière de droits d'enregistrement*, Paris, 1928.
- LAMBERT (Ed.). — *Du contrat en faveur des tiers*, Paris, 1893.
- LAURENT (J.-Ch.). — *L'apparence dans le problème des qualifications juridiques* Caen, 1931.
- LEREBOURG-PIGEONNIÈRE. — *Du prête-nom mandataire ou gérant d'affaires*, Caen, 1898.
- LIGERPOULO. — *Le problème de la fraude à la loi*, Aix, 1928.
- LUCAS (P.-L.). — *Volonté et cause*, Dijon, 1918.
- MADRAY. — *La représentation en droit privé*, Bordeaux, 1931.
- MAGNAN. — *Les fictions de contrat dans le Code civil et depuis le Code civil*, Montpellier, 1924.
- MALLET (M^{lle}). — *La renonciation à la succession*, Paris, 1931.
- MARTY (G.). — *La distinction du fait et du droit devant la Cour de cassation*. Toulouse, 1929.
- MESTRE. — *Des moyens employés par la pratique pour protéger le vendeur à tempérament de meubles corporels*, Montpellier, 1936.
- MIRCEA DURMA. — *La notification de la volonté*, Paris, 1930.
- MOUSTIER (DU). — *Dispositions au profit de personnes indéterminées ou futures*, Rennes, 1925.
- MOURGEON (L.). — *Les effets des conventions à l'égard des ayants cause à titre particulier en droit français*, Paris, 1934.
- NAST. — *Pactes sur successions futures*, Paris, 1905.
- OSIAS. — *L'acte abstrait en droit comparé*, Paris, 1924.
- PERRIN. — *Le dol dans la formation des actes juridiques*, Paris, 1931.
- PILON. — *Essai d'une théorie de la représentation dans les obligations*, Caen, 1897.
- PIEDELIEVRE. — *Des effets produits par les actes nuls*, Paris, 1911.
- PONCET. — *Du prête-nom*, Paris, 1901.
- POPESCO RAMNICÉANO. — *De la représentation dans les actes juridiques en droit comparé*, Paris, 1927.
- RIPERT (M^{lle}). — *La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle* Paris, 1933.
- ROBIN. — *Du conflit entre les ayants cause à titre particulier au regard de l'article 1321 et de la loi de 1855*, Rennes, 1927.
- ROCHE. — *Des effets de complaisance*, Bordeaux, 1911.
- SAVEY-CASARD. — *Le refus d'action pour cause d'indignité*, Lyon, 1930.
- SIBICIANO. — *Théorie générale des renonciations en droit civil français*, Paris, 1932.
- SIUO. — *Des charges secrètes dans les dispositions de dernière volonté*, Paris, 1909.
- THIRION. — *Le bail avec promesse de vente*, Nancy, 1930.
- TIMBAL. — *Des donations rémunératoires*, Toulouse, 1927.
- THEODORESCO. — *Du jeu et du pari en droit privé français*, Paris, 1931.
- VIFOREANU. — *Contribution à l'étude du contrat dans le projet franco-italien et en droit comparé*, Paris, 1932.
- WALTHER. — *Crédit par acceptation et effets de complaisance*, Paris, 1910.

IV. — NOTES DE JURISPRUDENCE

- APPLETON. — D. P. 1920, 2, 65.
 ASCOLI. — *Riv. Dir. Com.*, 1905, 2, 337.
 ASCARELLI (T.). — *Riv. Dir. Com.*, 1930, 2, 462.
 BALLEYDIER. — S. 1892, 1, 305.
 BEUDANT (R.). — D. P. 1893, 1, 369 ; D. P. 1880, 1, 145 ; D. P. 1894, 1, 257 ;
 D. P. 1879, 2, 225 ; D. P. 1895, 2, 249.
 BOURCART. — S. 1911, 2, 81 ; S. 1893, 1, 425.
 BRUGI (B.). — *Riv. Dir. Com.*, 1920, 2, 378 ; 1929, 2, 46.
 CERBAN (Alexandre). — S. 1935, 4, 17.
 CHERON (A.). — D. P. 1914, 1, 305 ; D. P. 1929, 1, 13 ; D. P. 1930, 2, 193 ; D.
 P. 1928, 2, 163.
 CLARO. — D. P. 1903, 2, 121.
 DEMOGUE. — *Rev. Trim.*, 1933, 111 et 1.111 ; *Rev. Trim.*, 1935, 149 ; S. 1908,
 1, 83.
 DESBOIS (H.). — D. P. 1929, 2, 84.
 DUPUICH. — D. P. 1903, 1, 433 ; D. P. 1918, 2, 23.
 ESMEIN (P.). — S. 1927, 1, 73 ; S. 1934, 1, 1 ; S. 1935, 1, 337 ; S. 1934, 1, 241 ;
 S. 1933, 1, 321.
 GABOLDE. — D. P. 1929, 2, 68.
 GIOVENE. — *Riv. Dir. Com.*, 1912, 2, 218 ; *Riv. Dir. Com.*, 1911, 2, 839.
 HEBRAUD (P.). — *Rev. Crit.*, 1932, 107.
 HEMARD. — S. 1903, 2, 241.
 HUBERT. — S. 1931, 1, 361 et 1932, 1, 97.
 HUGUENEY (L.). — S. 1923, 1, 81 ; S. 1914, 1, 305.
 JACK (M^{lle} A.). — S. 1935, 1, 137.
 JAUBERT. — P. F. 1907, 1, 137.
 LACOUR. — D. P. 1912, 1, 181.
 LALOU. — D. P. 1930, 2, 29 et D. P. 1929, 2, 63.
 LAURENT (J.-Ch.). — D. P. 1932, 1, 12 ; D. P. 1931, 1, 43.
 LESCOT. — S. 1929, 1, 57 ; S. 1928, 1, 361.
 LÉVY-ULLMANN. — S. 1907, 1, 137.
 LOYNES (DE). — D. P. 1897, 1, 505 ; D. P. 1908, 2, 129 ; D. P. 1913, 1, 433.
 MAGNOL. — D. P. 1911, 2, 393.
 MADRAY. — D. P. 1933, 1, 43.
 NAQUET. — S. 1911, 1, 137 ; S. 1913, 1, 297.
 NIBOYET. — S. 1936, 2, 1 ; S. 1929, 2, 17.
 PERCEROU. — D. P. 1909, 1, 5 ; D. P. 1910, 1, 233.
 PIC. — D. P. 1898, 2, 522 ; D. P. 1929, 1, 25 ; D. P. 1929, 2, 65 ; D. P. 1934, 2,
 118 ; D. P. 1934, 2, 84.
 PLANIOL. — D. P. 1890, 2, 185 ; D. P. 1893, 1, 217 ; D. P. 1897, 2, 201 ; D. P. 1908,
 2, 225 ; D. P. 1911, 1, 358 ; D. P. 1905, 1, 425 ; D. P. 1907, 2, 265 ; D. P.
 1893, 1, 401.
 SAVATIER. — D. P. 1928, 2, 121 ; D. P. 1932, 1, 169 ; D. P. 1932, 1, 33 ; D. P.
 1936, 2, 20 ; *Rev. Trim.*, 1935, 189.
 SCANDIANI. — *Riv. Dir. Com.*, 1909, 2, 262.
 THALLER. — D. P. 1897, 2, 385.
 TISSIER. — S. 1892, 2, 129 ; S. 1898, 1, 225 ; S. 1911, 1, 489.
 VANDAMME (M^{lle} J.). — D. P. 1934, 1, 151.
 VOIRIN. — D. P. 1919, 2, 81.
 WAGNER. — D. P. 1931, 1, 62.
 WAHL. — S. 1900, 2, 153 ; S. 1907, 2, 57 ; S. 1907, 2, 273.
-

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

Nos	Pages.
1. — Objet et intérêt de cette étude.	1
2. — Les sanctions fiscales et civiles de la simulation.	2
3. — Les éléments essentiels de l'acte simulé.	3
4. — Droit romain	3
5. — Ancien Droit	4
6. — Le Code civil	5
7. — La loi d'économie des formes et les contrats innomés.	6
8. — Les actes symboliques ou apparents, la notion de simulation légale.	7
9. — Les actes fiduciaires ou indirects	9
10. — Les textes du Code civil.	9
11. — Le principe de la liberté des conventions et l'apparition des contrats nouveaux	10
12. — Plan	11

PREMIÈRE PARTIE

L'ÉLÉMENT PSYCHOLOGIQUE DE L'ACTE SIMULÉ

CHAPITRE PREMIER. — Divergence intentionnelle. Donations déguisées ou indirectes	13
13. — Double principe admis en matière de donations déguisées.	13
14. — 1° <i>L'acte ostensible doit être purement onéreux.</i>	14
15. — 2° <i>L'acte ostensible est fictif ab initio.</i>	15
16. — Les donations indirectes ne comportent aucune simulation.	15

A. — LES DONATIONS RÉALISÉES PAR INTERMÉDIAIRES

17. — 1° <i>Stipulation pour autrui.</i>	17
Donations avec charge	18
Charge et interposition de personnes (renvoi).	18
L'Assurance sur la vie, et la loi du 13 juillet 1930, article 68, al. 2.	18
Constitution de rentes viagères (art. 1973 C. c.).	18
18. — 2° <i>Paiement pour autrui</i>	19
19. — 3° <i>Achat sous le nom d'autrui.</i>	19

B. — DONATIONS INCLUSES DANS DES ACTES NEUTRES

20. — Le transfert des titres nominatifs.	20
21. — Rôle de l'inscription	21
22. — Entre donateur et donataire en l'absence de convention, il n'y a qu'une simple pollicitation.	22
Évolution de la jurisprudence quant à la force probante de l'inscription	22
23. — Rappel des règles de preuve de droit commun.	22

24. — Le 24 juillet 1844, la Cour de Cassation décide que l'inscription fait pleine foi de l'acceptation de la libéralité.	23
25. — Opposition de la Cour de Paris à cette doctrine.	24
26. — L'affaire Morizot, Civ. Cass. 18 octobre 1909.	24
27. — En déclarant opposable aux tiers le défaut de droit du cédant, cette décision paraît ne pas respecter la règle de l'inopposabilité de la simulation. C'est que, malgré l'expression de donation déguisée il n'y a pas simulation	25

C. — NEGOTIUM MIXTUM CUM DONATIONE

28. — L'avantage indirect ne découlant est prévu par le Code civil, art. 853, 854, 1840.	26
1° <i>Le contrat de société</i>	27
29. — Ex. où la donation est à juste titre dite déguisée. Civ. Cas., 11 avril 1927	27
30. — Le contrat de société réalisant avantage indirect. Interprétation de l'art. 854 C. c.	28
L'acte authentique équivaut seul à dispense de rapport.	28
La jurisprudence évite la rigueur de cette solution. Mais il n'y a plus avantage même indirect	29
31. — 2° <i>Bail</i>	30
32. — 3° <i>Vente</i> . Prix dérisoire et prix fictif.	31
Vente à charge de rente viagère. Vente ordinaire.	31
33. — Critique de la jurisprudence qui annule l'acte dit ostensible manquant d'une condition de fond.	32
Civ. Cass. 3 décembre 1912, n'a pas été suivi.	33
Le prix minime est un prix sérieux. L'acte est une vente, la libéralité indirecte	34
34. — Conséquences au point de vue application des art. 911 et 1100 qui ne régissent pas la capacité de contracter à titre onéreux.	34
35. — L'article 1099 déclare réductible la donation indirecte entre époux. Rapprochement avec l'article 1595	35
Hypothèse de fraude	35
Les arrêts de Req. 1 ^{er} juin 1932 et 11 décembre 1934 ont établi discrimination entre la fraude et l'atteinte à la réserve.	36

CHAPITRE II. — L'intention de tromper.

Section I. — L'intention de tromper est nécessaire

§ 1. — ACTE SIMULÉ ET ACTE JOCANDI CAUSA.

37. — L'article 118 B. G. B.	38
L'article 103 du C. c. brésilien.	38
38. — La simulation au « sens large ». Distinction à faire parmi les actes donnés comme <i>jocandi causa</i>	39
39. — 1 ^{er} Groupe. Déclarations didactiques. Actes de courtoisie	40
La jurisprudence n'y attache pas d'effet contractuel.	40
40. — 2 ^e Groupe. La jurisprudence a eu plus fréquemment à déterminer la portée de l'engagement que son existence même.	41
41. — a) Exposition de marchandises en vitrine.	41
Il y a indétermination de l'objet et non absence de volonté.	42
42. — b) Promesse de récompense. La volonté est également sérieuse.	42
43. — c) Le pari : affaire du « <i>Courrier de Genève</i>	43

§ 2. — LA DÉCLARATION DE COMMAND.

44. — Rappel des conditions et effets	45
45. — Le commandé quoique acquéreur sous condition résolutoire n'en est pas moins effectivement propriétaire.	46

46. — La notion de « simulation légale »	47
47. — Réfutation	48
Section II. — L'intention de tromper est suffisante	
48. — Simulation et fraude	51
L'acte simulé peut produire certaines conséquences de fait.	51
49. — Simulation et fraude paulienne.	53
50. — Simulation et fraude à la loi	56
51. — Simulation en fraude à la loi	56
54. — Exemples de simulation en fraude à la loi.	60
55. — Des ventes à but indirect de garantie.	60
§ 1. — LA VENTE LOCATION.	61
57. — 1 ^o <i>La jurisprudence. Première phase jurisprudentielle, jusqu'à Req.</i> 11 mars 1879	63
Le contrat est une vente effective quoique conditionnelle.	63
58. — Deuxième phase jusqu'à Req. 3 décembre 1932.	66
2 ^o <i>Nature juridique de la vente en garantie.</i>	69
59. — Caractère illicite ou frauduleux de la simulation réalisée	69
60. — La vente en garantie est une opération réelle mais en fraude à la loi.	70
61. — A. <i>C'est une opération réelle</i>	71
62. — Impossibilité de trouver une contre-lettre.	71
63. — Il n'y a pas d'avantage d'identité de résultat entre l'acte prétendu dissimulé et l'acte dit ostensible	73
64. — Jurisprudence italienne	75
65. — Jurisprudence suisse. (Art. 717 C. c.)	75
Caractère complexe	75
66. — Cause juridique.	75
67. — Cause économique	76
68. — B: <i>C'est une opération en fraude à la loi.</i>	78
69. — Rappel du sens et de la portée de l'art. 2078 C. c.	79
Ne s'applique pas au prêt hypothécaire.	79
L'interprétation restrictive de ce texte est généralement proposée en doctrine	79
70. — Si la vente est fictive il ne peut y avoir violation de 2078.	80
71. — Ce texte ne doit pas s'appliquer au prêt.	81
Les législations autrichienne et allemande qui ont voulu l'interdire l'ont dit expressément.	82
72. — Différence de résultats juridiques obtenus par la vente en garantie et le pacte commissoire	
Rejet en principe de la théorie de la fraude à la loi fondée sur l'analogie de résultats prétendus	
74. — Admissibilité de la fraude à la loi dans certains cas.	83
La sanction ne peut être que l'inopposabilité et non la nullité. . . .	84
§ 2. — LA VENTE AVEC RÉSERVE DE PROPRIÉTÉ OU LOCATION-VENTE. . . .	84
75. — Difficultés et intérêt de la qualification de ce contrat.	84
A. <i>Les variations de la jurisprudence sur la clause de réserve de la propriété.</i>	88
76. — 1 ^o <i>Conception.</i> — Simulation et fraude à la loi.	88
77. — 2 ^o <i>Conception.</i> — Rejet de la notion de simulation.	90
78. — Distinction de la location vente et du pacte de préférence ou bail avec promesse de vente.	91
79. — Arrêt de Cassation de la Chambre Civile du 1 ^{er} juillet 1925. . . .	92
80. — La location vente est une vente dans laquelle le transfert de prop- riété est soumis à la condition suspensive du paiement intégral de prix.	93
81. — Conséquences au cas de faillite de l'acquéreur.	93
Valable <i>inter partes</i> la clause est inopposable à la masse à moins que la	

	résolution ne soit intervenue avec le jugement déclaratif de faillite.	
	Civ. Cass. 22 octobre 1934.	93
	Part qui peut être faite à la simulation et sanctions.	95
82.	— Possibilité d'une dissimulation affectant un des éléments de la convention sans altérer sa nature : dissimulation de prix.	95
83.	— a) Application de la loi du 27 février 1912.	96
84.	— Y-a-t-il dissimulation « intentionnelle »	96
85.	— Jurisprudence négative	97
87.	— La sanction en tous cas ne peut être que la nullité de la seule contre-lettre. Req. 14 mars 1934.	99
88.	— b) L'article 44 de la loi du 13 juillet 1925.	99
89.	— <i>Conditions d'application. Distinction qui s'impose.</i>	100
	<i>Vente avec réserve de propriété. Perception du droit d'acte lors de la conclusion, le droit de mutation n'étant dû qu'à l'époque de la réalisation de la condition.</i>	100
	<i>Gérance-vente. La qualification inexacte n'entraîne de pénalités que pour les opérations ayant un caractère volontairement frauduleux.</i>	100
	B. <i>La fraude à la loi en matière de location-vente.</i>	101
90.	— 1 ^o <i>Théorie objective.</i> La fraude consisterait dans l'avantage procuré au vendeur par le pacte de réserve de propriété, résultat prohibé par les articles 550 et 576 C. com. Mais ces textes supposent un transfert de propriété que le <i>pactum reservati domini</i> a pour but de retarder. L'identité du résultat n'existe pas.	101
91.	— 2 ^o <i>Théorie subjective.</i> L'idée de fraude à la masse a été rejetée par la Cour de Cassation (renvoi)	102
	<i>L'organisation récente du privilège du vendeur à tempérament.</i>	102
92.	— Législations étrangères : Suisse, art. 715 C. Com. et 227 C. O. ; Allemagne, art. 455 ; Italie, art. 773 C. Com. Décret 15 février 1927. . . .	102
93.	— <i>La loi du 29 décembre 1934 en matière de vente à tempérament des voitures automobiles</i>	103

DEUXIÈME PARTIE

L'ÉLÉMENT MATÉRIEL DE L'ACTE SIMULÉ

95.	— CHAPITRE PREMIER. — Du caractère conventionnel de la simulation.	107
	<i>Section I. — La simulation de l'apparence</i>	107
96.	— Différence de fonction.	107
97.	— Différence dans les sources : La simulation unilatérale ou simulation en dehors des conventions	108
98.	— Différence dans les effets.	112
	<i>Section II. — Simulation et réserve mentale</i>	113
99.	— Éléments de la réserve mentale.	113
100.	— A. <i>Principe de l'inefficacité de la réserve mentale.</i>	114
101.	— Réfutation	115
102.	— B. <i>De quelques effets prétendus propres à la réserve mentale.</i>	122
	<i>La réserve mentale dans le testament.</i>	122
103.	— 1 ^o <i>Le legs ne serait pas susceptible de simulation.</i>	122
104.	— Jurisprudence contraire	123
105.	— 2 ^o <i>Hypothèse propre de réserve mentale</i>	125
106.	— La réserve mentale ne donne pas lieu à interprétation.	127
107.	— La réserve mentale est « inconnaissable »	130
	<i>Section III. — La preuve de la simulation inter partes.</i>	131
108.	— Jurisprudence ancienne refusant aux parties le droit à la preuve. . . .	131

109. — Son abandon	132
110. — Exceptions au principe de la preuve littérale.	133
Le commencement de preuve par écrit	133
Doctrines italienne.	133
Réfutation	133
111. — Le principe de la preuve écrite	135
112. — Principe nouveau posé par l'art. 49 P. F. I.	136
113. — Son origine dans la doctrine italienne	137
116. — Son application à la simulation.	143
Critique	143
117. — Son rejet en cette matière par la jurisprudence récente.	144
CHAPITRE II. — Les parties à la convention.	146
<i>Section I. — Dualité de la notion d'interposition de personnes.</i>	<i>147</i>
118. — Mandat en nom propre. Prête-nom. Interposition de personnes.	146
§ 1. — LA CONVENTION DE PRÊTE-NOM CONSIDÉRÉE COMME MANDAT PROPRIO NOMINE CONSTITUE-T-ELLE UN MANDAT DISSIMULÉ ?	149
A. <i>Jurisprudence relative aux effets du mandat sans représentation.</i>	<i>149</i>
119. — 1 ^o <i>Rapports du mandataire et des tiers.</i>	<i>149</i>
Dettes contractées par le mandataire. Absence d'action directe. Res- ponsabilité du mandataire	149
120. — Droits et créances acquis par le mandataire.	151
121. — Compensation.	152
Transcription et Droits de mutation	152
122. — 2 ^o <i>Rapports du mandant et du mandataire.</i>	<i>154</i>
Différences avec le mandat représentatif.	154
123. — Faillite du mandataire.	155
Application de l'article 575 du C. Com.	155
B. <i>Elaboration doctrinale de la théorie du mandat en nom propre</i>	<i>155</i>
124. — Le mandat serait « dissimulé ».	155
Abandon de la notion de simulation par la doctrine moderne.	155
125. — Concordance entre les situations juridiques dites « apparente » et « dissimulée ».	157
126. — Non influence de la connaissance du tiers contractant. Arrêt de la Chambre Civile de la Cour de Cassation du 29 décembre 1930.	157
127. — Substitution dans la jurisprudence récente de l'expression « mandat en nom propre » à celle de prête-nom.	158
§ 2. — LA CONVENTION DE PRÊTE-NOM AU SENS DE MANDAT DISSIMULÉ EST- ELLE UN MANDAT PROPRIO NOMINE ?	159
128. — La convention de prête-nom ou simulation de qualité	159
129. — Les effets de celle-ci s'expliqueraient par la théorie du mandat en nom propre	160
130. — Comparaison des solutions jurisprudentielles admises au cas de mandat dissimulé et de mandat en nom propre.	161
Le mandant dissimulé acquiert directement.	161
Le mandant dissimulé est obligé directement.	161
Le mandant dissimulé projet de la subrogation légale ou convention- nelle	161
131. — Le mandataire ne fait qu'user du droit de son mandat.	163
132. — Constatations qui s'imposent en présence de ces solutions. La con- vention de prête-nom est un mandat représentatif.	164
133. — Mais parce qu'en pareille hypothèse il y a simulation ce principe sera susceptible de variations.	165
Les tiers de mauvaise foi seront exposés à l'action directe du mandant dissimulé	165

Les tiers de bonne foi auront un droit d'option, et pourront s'en tenir à la situation apparente ou invoquer le bénéfice de la contre-lettre.	165
134. — Différences avec le véritable mandat en nom propre.	167
135. — Différences avec le véritable mandat représentatif.	168
La représentation est éventuelle et dépend de l'option du tiers de bonne foi	168
Sécurité particulière que confère ici aux tiers de bonne foi l'article 1321.	168
136. — Ces différences de solutions tiennent à une différence dans le <i>negotium</i> qui, dans un cas est sérieux et dans l'autre fictif	169
Par suite la capacité n'est ni la même ni requise des mêmes personnes.	169
Section II. — L'interposition de personnes dans les libéralités	170
§ 1. — LA NOTION DE CHARGE ET D'INTERPOSITION DE PERSONNES.	172
A. <i>Jurisprudence</i>	173
139. — Legs à personnes futures ou indéterminées.	173
140. — Fondations.	174
141. — Donations avec charge et par personnes interposées.	175
142. — La jurisprudence contient une double notion de l'interposition de personnes	176
B. — <i>Les éléments constitutifs de l'interposition de personnes.</i>	177
1° <i>La donation par personne interposée.</i>	178
144. — L'interposition exige le concours de trois personnes	178
145. — L'opinion générale contraire aboutirait à consacrer la possibilité d'une donation par acte unilatéral	179
146. — C'est ce qui a fait condamner les stipulations notariales	180
147. — Certaines décisions consacrent en fait notre conception	181
2° <i>L'interposition au testament</i>	181
148. — Tendance doctrinale à s'en tenir à la croyance unilatérale du disposant	181
Cette conception confond simulation et réserve mentale	181
149. — La jurisprudence assimile la simulation et le fidéicommiss.	183
Contradiction qu'implique cette assimilation	183
150. — Nécessité de l'accord entre l'institué et le disposant.	184
C. <i>Les éléments constitutifs de la charge</i>	184
151. — En présence de l'inefficacité à laquelle aboutirait souvent la simulation l'interprète doit s'inspirer de la règle posée par l'article 1157	
C. c.	184
152. — Planiol assimilait le procédé de la charge et de l'interposition.	186
L'exemple de la fondation permet de vérifier que la simulation ne permet pas d'obtenir le résultat cherché par le disposant.	186
Exemples d'interposés réels : LeSalmann et le Treuhand. Le grevé de substitution.	186
153. — 1° <i>Le mécanisme de la donation avec charge s'explique par la stipulation pour autrui.</i>	187
Mais celle-ci suppose un contrat réel	187
154. — Caractère indirect de la libéralité réalisée par la charge.	188
Indirecte au point de vue de l'acte de transfert qui est un contrat commutatif	188
Indirecte par la qualité de l'intermédiaire	188
155. — C'est un problème de qualification	189
156. — 2° <i>Pour le legs le procédé indirect est surtout employé en matière de fondation</i>	191
157. — Le caractère indirect de la libéralité résulte ici du caractère formel du testament (renvoi)	192
§ 2. — LE RÉGIME JURIDIQUE DE L'INTERPOSITION	194

158. — Distinction	194
A. <i>L'interposition licite</i>	195
159. — 1 ^o <i>Conditions de formes</i>	195
Nécessité de l'acte et de l'acceptation authentique au cas d'interposi- tion fictive	195
Dispense de ces conditions pour la charge	195
2 ^o <i>Conditions de fond</i>	196
160. — Rapports du disposant et de l'intermédiaire	196
Action en révocation pour inexécution des charges.	196
161. — Rapports de l'intermédiaire et du bénéficiaire.	197
Action en exécution du bénéficiaire.	197
162. — Rapports du disposant et du bénéficiaire	197
Action en révocation pour survenance d'enfants	197
Droit direct du bénéficiaire	197
Époque de l'acceptation	197
163. — Désignation et indétermination du bénéficiaire	198
Conséquences au point de vue fiscal	199
B. <i>L'interposition illicite</i>	200
164. — Le législateur a-t-il prohibé sous le nom d'interposition à la fois la donation dissimulée et la donation avec charge	200
165. — Historique : les travaux préparatoires du C. c.	201
166. — L'affirmative paraît en résulter	202
Elle résulte du caractère irréfragable des présomptions édictées par les articles 911 et 1100 qui frappent par contre coup d'incapacité les personnes présumées interposées.	202
167. — Lorsque les présomptions ne jouent pas la prohibition résulterait de la théorie de la fraude à la loi	203
Il faut pour l'application de cette théorie examiner les diverses incapac- ités	203
168. — Art. 906. Personnes futures, la jurisprudence n'applique pas la théorie de la fraude à la loi. Il ne s'agit pas d'incapacité	203
169. — Groupements et associations non reconnues d'utilité publique. L'article 17 de la loi du 12 juillet 1901 frappe de nullité les actes indi- rects.	204
170. — Art. 908 et 909	205
171. — Art. 910	205
172. — Sort de la libéralité illicite	205
Libéralité dissimulée : nullité totale profitant aux héritiers du disposant. Libéralité indirecte : nullité totale par application de la théorie de la cause	206
Avec cette théorie maintien possible des obligations du bénéficiaire principal	207
CHAPITRE III. — L'objet et la cause de l'acte simulé	209
173. — L'objet de l'acte apparent	209
Exemples de conventions dans lesquelles l'objet est fictif	209
174. — La lettre de change	210
§ 1. — LA NOTION D'EFFET DE COMPLAISANCE, INTÉRÊT QUE PRÉSENTE ICI LE PROBLÈME DE QUALIFICATION	211
175. — Complaissance et crédit par acceptation.	211
176. — A. — <i>La théorie de la fausse cause</i>	212
177. — Objections qu'elle a soulevées.	213
178. — Provision et valeur fournie. La théorie de la cause les confond..	214
179. — B. <i>La notion de complaisance permettrait une distinction néces- saire</i>	214

180. — a) L'acte de complaisance et de courtoisie ne fait naître aucun rapport contractuel	215
Cette notion est distincte de celle de la provision	215
181. — b) Le bon effet de complaisance étant défini comme celui qui présente un engagement sérieux ne répond plus à la conception diacte de complaisance	216
182. — Dans un tel effet on retrouve la provision, soit dans le crédit ouvert	216
Soit dans l'engagement de la caution	216
183. — On retrouve également la volonté juridique	218
§ 2. — COMPLAISANCE ET GARANTIE INDIRECTE	219
A. <i>Arguments présentés par la théorie de la validité des effets de complaisance</i>	219
184. — Les nécessités du crédit et la sécurité des transactions.	219
185. — La notion de complaisance commande par contre d'en reconnaître la nullité	220
186. — L'organisation technique de cette nullité en assure par ailleurs la répression	221
187. — a) Inopposabilité des exceptions et contre-lettre.	221
Inopposabilité du vice de complaisance	221
188. — Bonne foi du tiers porteur	223
Bonne foi et valeur fournie	223
189. — b) L'action en répétition	224
Son refus tend à enrayer la pratique des effets de complaisance	224
190. — Mais la créance du complaisant n'est pas sans cause. La cause est illicite	225
Au cas de faillite la théorie des contre-lettre justifie le refus d'action contre la masse	225
191. — Arrêt du 21 mars 1910 qui a admis l'action en répétition et a statué sur une hypothèse de cautionnement	226
B. <i>Garantie indirecte fournie par lettre de change</i>	227
192. — Indigence des formes-caractère indirect de la garantie	227
193. — Conclusions de M. l'Avocat général Feuilleux dans l'affaire Fontanille. Req. 17 novembre 1909.	228
194. — a) L'obligation du garant est une obligation cambiaire et ne découle pas d'une contre-lettre	229
195. — b) Mais ce n'est pas un cautionnement	229
Intérêt au point de vue du bénéfice de cession d'actions	229
L'arrêt de Civ. Cass. 28 décembre 1927 affirme que le complaisant est un débiteur principal	229
196. — <i>Conséquences.</i> — Le recours du complaisant est non seulement admissible mais loin d'être subsidiaire comme l'action de <i>in rem verso</i> c'est l'action du contrat.	230
La connaissance du tiers porteur est sans influence	230
Mauvaise foi et collusion	230
197. — CONCLUSION	232
198. — La liberté contractuelle fondement commun des actes indirects et des actes simulés	232
199. — Mais ces actes diffèrent dans leurs éléments constitutifs.	233
200. — Dans leur fonction	234
BIBLIOGRAPHIE	237

2289. — ÉVREUX, IMPRIMERIE HÉRISSEY. — 11-36

IMPRIMERIE
HÉRISSEY
: ÉVREUX :